خزانة الفقه المالكي

تبيين المسالك

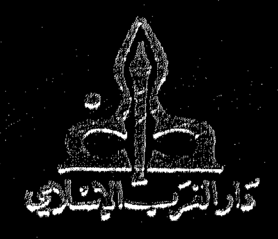
شرح

تدريب السالك إلى أقرب المسالك

للعلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي

شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد
ابن أحمد الشنقيطي الموريتاني

الجزء الرابع







تبيين المسالك

شرح

تدريب السالك إلى أقرب المسالك



تبيين المسالك

شرح

تدريب السالك إلى أقرب المسالك

للعلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي

شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد
ابن أحمد الشنقيطي الموريتاني

الجزء الرابع



الطبعة الثانية

مزيدة ومنقحة

1995 م

دار الغرب الإسلامي

ص. ب: 5787 - 113

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فيسرنا أن نقدم للقراء الجزء الرابع والأخير، من كتابنا: تبيين المسالك الذي شرحنا به كتاب تدريب السالك للعلامة الشيخ عبد العزيز بن حمد آل مبارك الأحسائي المالكي طيب الله ثراه.

وقد حرصنا في هذا الجزء ـ كغيره من الأجزاء السابقة ـ على أن يكون التعبير سهلاً، في متناول الجميع.

كما حرصنا ـ بعدما التزمنا به من ذكر ما أمكن من أدلة الفروع، وما تيسر من ذكر مذاهب الأئمة الثلاثة الآخرين ـ على أن لا نغفل المشاكل التي تطرح نفسها في هذا العصر، مستمدين لها الحلول من الكتاب والسنة وكلام الفقهاء على ما شاكلها في العصور الغابرة.

ومع ذلك فإني معترف بالقصور، لأن أعمال البشر ـ غير من عصمه الله ـ عرضة للنقص والخطإ، فأرجو ممن ظفر بفائدة في هذا الكتاب، أن يدعو لي بحسن الخاتمة، وممن عثر على خطإ فيه أن يدعو لي بالتجاوز والمغفرة.

وأسأل الله تعالى أن ينفع به طلبة العلم وكافة المسلمين، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، إنه نعم المولى ونعم النصير. و﴿ الحَمْدُ لله الذي

هَدَانَا لِهَـٰذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللهُ ﴾[1] ﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾[2].

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

أبو ظبي ٨ رمضان ١٤١٠هـ
الموافق ٣ إبريل ١٩٩٠م

محمد الشيباني بن محمد بن أحمد النجمري الشنقيطي (الموريتاني)
غفر الله له ولوالديه ولمن له حق عليهما وعليه.

---

(١) الأعراف: ٤٣.

(٢) هود: ٨٨.

باب في الصلح

يجوزُ الصُّلحُ لمن أَقَرَّ أو أنكرَ أو سَكَتَ، وَهُوَ على غير المدعَى به كبيْع الدين، يُمنع فيه ما يُمنع هناك كالْجَهلِ وَضَعْ وتعجَّلْ وحُطَّ وضمانٍ وسَلفٍ بمنفعَةٍ وَرِباً.

* * *

الصلح لغة: قطع النزاع، ويرادفه السلم (بفتح السين وكسرها) ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلا تَهِنُوا وَتَدْعُو إِلَى السَّلْمِ ﴾[1]. وشرعاً عرفه ابن عرفة بأنه: «انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه»[2].

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾[3]. وقوله عز وجل: ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَّالَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[4] وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» أخرجه أبو داود وابن حبان في صحيحه[5]

(١) محمد: ٣٥.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٣١٤.

(٣) الحجرات: ٩.

(٤) النساء: ١٢٨.

(٥) مختصر سنن أبي داود ٢١٣/٥ ـ ٢١٤ وموارد الظمآن ص ٢٩١.

وأخرجه الترمذي عن ابن عوف المزني مرفوعاً وصححه، وأنكروا عليه تصحيحه، لأن راويه كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف ضعيف، وكأنه اعتبره بكثرة طرقه. قاله الحافظ(١).

يجوز الصلح لمن أقر بحق ادعى عليه أو أنكره أو سكت، بأن لم يُقِر به ولم ينكره، إن لم يؤد الصلح إلى حرام حسبما سيأتي إن شاء الله.

وبه قال أبو حنيفة، وقال أحمد: الصلح على الإقرار بإسقاط بعض الحق أو هبته جائز، وكذلك الصلح على الإنكار والسكوت إن جهل ما ادعى به عليه. وقال الشافعي: يجوز الصلح على الإقرار، ولا يجوز على الإنكار والسكوت(٢).

والصلح على غير المدعى به بيع له، أي المدعى به، إن كان غير منفعة، فيشترط في المصالح به ما يشترط في البيع، من كونه طاهراً معلوماً منتفعاً به انتفاعاً شرعياً، ونحو ذلك مما تقدم في شروط البيع(٣). وإذا كان المصالح به منفعةً فإنه إجارة للمصالح به؛ يشترط فيه ما يشترط في الإجارة(٤).

وإن كان الصلح على بعض المدعى به فهبة للبعض المتروك وإبراء للمدعى عليه من الباقي.

وإذا كان الصلح عن دين فإنه يشترط فيه أن يكون بشيء يجوز أن يباع به ذلك الدين، بحيث تنتفي فيه أوجه الفساد كفسخ الدين في الدين، وبيع طعام المعاوضة قبل قبضه والصرف المؤخر، وضع وتعجل، أي ضع بعض الدين أعجل لك الباقي، وحط الضمان وأزيدك؛ كأن يصالح عن ثمانية

---

(١) بلوغ المرام ص ١٧٩.

(٢) اللباب ٢/١٦٢ - ١٦٣ والروض المربع ٢/١٩٨ - ١٩٩ ومغني المحتاج ٢/١٧٧ - ١٧٩.

(٣) تبيين المسالك ٣/٢٧٩ - ٢٨٧. (٤) الشرح الكبير ٣/٣٠٩ - ٣١٠.

مؤجلة بعشرة نقداً، وكسلف بمنفعة وربا نساء، فلا يجوز ذلك كله[1].

* * *

فَيجوُز بذَهبٍ عن وَرِقٍ وعكسِه، إن حَلاَّ وعُجل، وعَن عَرضٍ وَمِثْلِيٌّ مُعيَّنين بِعين، وغيرها، ولو مَع تأجيلٍ، وبطعامٍ مُعَجَّلٍ عن طعامٍ مُخَالفٍ إلاَّ طَعامَ المعَاوضَةِ.

* * *

يجوز الصلح بذهب عن فضة، وبفضة عن ذهب، إن حل المصالح عنه، وعجِّل المصالَح به، وإلا فلا يجوز، لما فيه من صرف مؤخر[2]، ومثل الذهب والفضة ما تنزل منزلتهما في الثمنية، من العملات المتعامل بها اليوم: وتقدم أن سكة: (عملة) كل بلد تعتبر جنساً واحداً بمفردها، أما سكك بلاد مختلفة فأجناس، كاختلاف الذهب والفضة[3].

وعليه فإنه ـ على سبيل المثال ـ يجوز الصلح عن ألف أوقية: (موريتانية) حالة بما يقابلها معجلاً من الدراهم الإماراتية، وكذلك العكس.

والأصل في ذلك كله حديث ابن عمر المتقدم ذكره عند أصحاب السنن، وفيه: «إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فسألت رسول الله ﷺ فقال: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء»[4].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الشرح الصغير ٣/٤٠٨.

(٣) تبيين المسالك ٣/٣١٦.

(٤) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٥ ـ ٢٦.

وأخرج البيهقي بسنده عن سالم: «أن عبدالله بن عمر كان إذا كان للرجل عليه الذهب أو الورق، خيره حين يقضيه؛ أي الصنفين أحب إليك؟ ثم يقضيه بصرف الناس، أو يصرف فيقضيه، فإذا قبل ذلك الرجل لم ير به عبدالله بأساً». ترجم له البيهقي: بباب صلح المعاوضة، وأنه بمنزلة البيع، يجوز فيه ما يجوز في البيع، ولا يجوز فيه مالا يجوز في البيع[1].

ويجوز الصلح عن عرض وعن مثلي معينين - بذهب، وبفضة، وبما تنزل منزلتهما حسبما تقدم، وبغير ذلك من العروض - سواء أقر المدعى عليه أو أنكر أو سكت.

ويجوز الصلح عن طعام غير طعام المعاوضة - كطعام القرض - بطعام مخالف للطعام المصالح عنه، كأن يصالح عن إردبٍّ قمح بإردبٍّ ذرة، بشرط تعجيل الطعام المصالح به»[2].

أما طعام المعاوضة فلا يجوز ذلك فيه، لأن الصلح على غير المدعى به بيع، وتقدم أن طعام المعاوضة لا يجوز بيعه قبل قبضه لحديث: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». وفي رواية: «حتى يقبضه». أخرجه مالك والشيخان[3].

* * *

وَلايحِلُّ للظّالم، فلو أقَرَّ أو شهدتْ له بَيِّنَةٌ جهِلها أو بعدتْ جدّاً فاسْترعَى، فله النقضُ.

* * *

(١) السنن الكبرى ٦/٦٤ - ٦٥.
(٢) الشرح الصغير ٣/٤٠٩.
(٣) الموطأ ٢/٦٤٠ وزاد المسلم ٣/٢٤.

يعني أن المال المصالح به لا يحل للظالم، فإذا علم ظالم أن عليه ديناً لفلان ولم يجد رب الدين بينة على دينه، فصالحه على إسقاط بعضه فإن ما يأخذ الظالم من ذلك لا يحل له.

والأصل في ذلك ما أخرجه الشيخان ومالك ـ واللفظ له ـ عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليَّ، فلعل بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»(١).

وعليه فإن من أنكر ديناً يعلم أنه عليه وصالحه رب الدين بترك بعضه، ثم أقر الظالم بالدين بعد الصلح فإن للمظلوم نقضَ الصلح، قال ابن الحاجب: لأنه مغلوب، وقال في التوضيح: لأنه كالمحجور عليه. نقله الحطاب(٢).

وكذلك إذا شهدت للمظلوم بينة لم يكن يعلمها وقت الصلح، فإن كانت حاضرة بالبلد ـ فله نقضه إن حلف أنه لم يعلمها، أو كان يعلمها ولكنها بعيدة منه جداً واسترعى بأن أشهد عند الصلح أنه إن حضرت بينته البعيدة أنه يقوم بها وليس ملتزماً بما يفعل من صلح، سواء أعلن ذلك أو أسر به لبينة وأتى بها، فله نقض الصلح.

لا إن قربت البينة أو بعدت لا جداً كعشرة أيام في الأمن أَشْهد أو لم يشهد، أو بعدت جداً ولم يشهد، فليس له القيام بها. ولا يُنقض الصلح، لأنه لما علمها عند عدم البعد جداً وتركها، أو لم يشهد في البعد ـ كان مسقطاً لبعض حقه(٣).

---

(١) الموطأ ٢/٧١٩ وزاد المسلم ١/٩٦ ـ ٩٧.
(٢) مواهب الجليل ٥/٨٣.
(٣) الشرح الصغير ٣/٤١٣ ـ ٤١٥.

ولا يُنقض الصلح أيضاً إذا قال المدعي: عندي وثيقة على ديني فقال له المدعَى عليه: ائت بها وخذ حقك الذي فيها - فادعى المدعي ضياعها وصالح - ثم وجدها بعد الصلح فلا يُنقض لأن المدعى عليه هنا ليس بمنكر وإنما طلب الوثيقة ليمزقها أو يكتب عليها وفاء الدين. أما في المسألة السابقة فإنه منكر للحق من أصله[1].

تنبيه: من توجهت عليه يمين لرد دعوى مجردة أو مع شاهد جاز له أن يصالح عنها بمال ولو علم براءة نفسه. ففي كتاب النذور من المدونة «ومن لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز له ذلك». نقله الحطاب، وقال: «وظاهر ذلك الإطلاق، سواء كان يعلم براءته أم لا». ثم قال: «والأصل في هذا أن الصحابة رضي الله عنهم، منهم من افتدى ومنهم من حلف»[2].

* * *

وجاز صُلحُ بعض الورثةِ عن إرثٍ، بشرطِ العلم بالتَّرِكةِ، وحُضور المُصالح منه وحضورِ مدينٍ إن كان مُوسراً مُنقاداً.

فإن كانَ في التركةِ العَيْنانِ وغيرُهما جاز الصلحُ بأحدِهما بقَدْر حِصتِها منه أو أزيدَ بدينارٍ، وبأكثرَ إن قلَّت عن الدِّينارِ حصَّتُها من الدراهِم أو العروضِ.

* * *

(١) المرجع السابق.

(٢) مواهب الجليل ٥/٨٢.

يعني أن ورثة الميت يجوز صلح بعضهم لبعض عن إرث يخصه، كزوجة ميت يصالحها أبناؤه عن نصيبها من التركة رُبعاً كان أو ثمناً، فيجوز بشرط علم الجميع بقدر التركة وحضور المصالح منه كله لا بعضه.

وإذا كان في التركة دين فلا بد أن يكون المدينُ حاضراً وقت الصلح موسراً، منقاداً لأدائه؛ بمعنى أنه تناله الأحكام(١).

وقوله: «فإن كان في التركة العينان وغيرهما. . .» إلخ، يعني أن التركة إذا كان فيها ذهب وفضة وعرض، فإن الصلح يجوز بأحدهما أي بذهب فقط، أو ورق فقط، أو عرض بشرط أن لا تأخذ الزوجة المصالَحة إلا قدر ميراثها أو أقل مما أخذت من الذهب أو الفضة، أو أزيد بدينار فقط، سواء قلت الدراهم أو العروض أو كثرت، لما في ذلك من بيع وصرف في دينار واحد وذلك جائز.

وكذلك إذا زادت حصتها من الذهب على دينار، وقلت الدراهم التي تنوبها عن صرف الدينار، أو قلت العروض التي تنوبها عن قيمته، أو قلّا معاً فيجوز ذلك، أما إذا كثرا معاً عن صرف دينارٍ فلا يجوز ذلك، لأنه يؤدي إلى اجتماع بيع وصرف في أكثر من دينار، وتقدم في باب الصرف أن ذلك ممنوع(٢).

والأصل في صلح الورثة للزوجة عن إرثها ما أخرجه البيهقي في سننه: «عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه قال: صولحت امرأة عبد الرحمن من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفاً ـ وهذا محمول على أنها كانت عارفة بمقدار نصيبها. وقد روى الشعبي عن شريح أنه قال: أيما امرأة صولحتْ من ثمنها ولم تخبر بما ترك زوجها فتلك الريبة كلها»(٣).

* * *

(١) الشرح الصغير ٣/٤١٥ ـ ٤١٧.
(٢) تبيين المسالك ٣/٣١٦ ـ ٣١٧.
(٣) السنن الكبرى ٦/٦٥.

ولا يجوز الصُّلحُ من غير التركة إلا بعَـرْض، فيجوز بعَرض أو عَنه مُطلقاً، أوْ بِدَرَاهمَ ولو كانت الدَّراهمُ من غير التَّركةِ كـالعَكْسِ عَن عَرْضٍ وَذَهبٍ، أوْ بـذهبٍ عَن فِضَّةٍ وعَرْضٍ إن لم يجتمعْ بيعٌ وصرف في أكثر من دينارٍ.

* * *

يعني أنه لا يجوز صلح أحد الورثة بشيء من غير مال التركة، إلا إذا كان ذلك عرضاً، فيجوز بالشروط الآتية:

١ ـ أن يعرف الورثة جميع التركة ليكون الصلح على معلوم، لأن المصالَح (بفتح اللام) بائع لنصيبه والمصالِح (بكسرها) مشتريه فلا بد من علمهما له.

٢ ـ أن يكون المتروك جميعُه حاضراً حقيقة في العين، أو حكماً في العرض، بأن كان قريب الغيبة بحيث يجوز النقد فيه بشرط، حسبما تقدم في شروط بيع الغائب[1].

٣ ـ وإذا كان في التركة دين فلا بد أن يكون المدين حاضراً وقت الصلح، وأن يكون ممن تناله الأحكام، وزاد بعضهم أن يكون العرض المصالح به مخالفاً للعرض الذي على الغريم، لأن الغالب في المصالح أن يأخذ أقل من حقه، فإذا أخذ الأقل من جنس واحد كان في ذلك سلف بمنفعة[2].

كما يجوز صلح أحد الورثة بدراهم من غير مال التركة إذا كان المتروك ذهباً وعرضاً ولا فضة فيه، ويجوز أيضاً بدنانير إذا كان المتروك فضة وعرضاً

---

(١) تبيين المسالك ٣/٣٠١ ـ ٣٠٤.
(٢) منح الجليل ٣/٢١٣ ـ ٢١٤.

ولا ذهب فيه، يجوز ذلك في كلتا المسألتين فيما يجوز فيه اجتماع البيع والصرف، بأن لا يجتمعا في أكثر من دينار[1].

* * *

وإن صَالحَ شريكٌ فلِلآخر الدخولُ إلاَّ إذا شَخَص وامتنع الآخرُ، أو كان الحقُّ في كتابيْن.

* * *

يعني أن أحد الشريكين إذا صالح عن نصيبه من حق لهما على مدين، سواء كان في وثيقة أم لا ـ فلِلآخر الدخول معه فيما صالح به عن نفسه، وله أن لا يدخل معه ويطالب المدين بحصته كلها، وله مصالحته بأقل أو أكثر، وله تركه.

إلا إذا شخص المصالح أي سافر بشخصه للمدين ـ إن كان في بلد آخر ـ وامتنع الشريك من الخروج معه أو من توكيله بعد أن طلب منه ذلك ـ بأن قال له عند حاكم أو بينة: إني ذاهب لفلان فاخرج معي أو وكلني أو وكِّل غيري فيمتنع، فإنه يختص بما قبض، لأن امتناع شريكه من ذلك يؤذن بأنه يفضل اتباع ذمة المدين. وليس السفر بشرط، بل المدار على الإعذار وإن كان المدين حاضراً[2].

كما أن الشريك يختص بما أخذ من الغريم دون شريكه إذا كان حقهما في كتابين، بأن كان حق كل منهما في وثيقة خاصة به دون الآخر، لأن حقهما في هذه الحالة صار كدينين مستقلين[3].

تنبيــه: يجوز الصلح عن جناية العمد بما قل أو كثر عن دية الخطإ، لأن

(١) المرجع السابق وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٤١٨.
(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٤٢٠.
(٣) المرجع السابق ٣/٤٢١.

جناية العمد لا دية فيها أصلاً، وإنما للولي القصاص أو العفو لقوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذين آمنوًا كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ في القَتْلى ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿ فَمَنْ عُفيَ لَهُ مِنْ أخِيهِ شَيْءٍ فاتّباعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأداءٌ إلَيْهِ بِإحْسانٍ ﴾(١) فلولي القتيل العفو مجاناً، وله الصلح مع الجاني بما اتفقا عليه مقابل تنازله عن القصاص(٢).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد(٣).

وإذا كان الدين محيطاً بمال الجاني فإن لصاحب الدين منعه من الصلح، لما في المدونة: «من جنى جناية عمداً وعليه دين محيط بماله، فأراد أن يصالح عنها بمال يعطيه من عنده ويسقط القصاص عن نفسه، فللغرماء رد ذلك» نقله المواق(٤).

وإن قتل جماعة مسلماً أو قطعوا يده ـ مثلاً ـ جاز صلح كل منهم على انفراد، كما يجوز القصاص من كلهم والعفو عنهم مجاناً، والقصاص من بعضهم والعفو عن الباقي أو الصلح معه، كل ذلك واسع(٥).

وسيأتي في كتاب الدماء أن الجماعة إذا قتلوا واحداً أو تمالئوا على قتله يقتلون به كلاً.

وإذا كان للقتيل وليان فأكثر وصالح أحدهما القاتل بمال قل أو كثر فإن للآخر الدخول معه وسقط القصاص، وله عدم الدخول معه وأخذ نصيبه من دية العمد، وله الصلح بأقل منها أو أكثر وله العفو مجاناً، كل ذلك له إلا القصاص فإنه سقط بصلح الولي الآخر(٦).

---

(١) البقرة: ١٧٨.
(٢) جواهر الإكليل ٢/١٠٥.
(٣) الهداية ٣/١٩٤ والمغني ٤/٥٤٥.
(٤) التاج والإكليل ٥/٨٥ ـ ٨٦.
(٥) جواهر الإكليل ٢/١٠٥.
(٦) المرجع السابق.

بابٌ في الحوالة

الحوَالةُ نقل دَينٍ بمثلِهِ عن ذِمَّة إلى أُخرى. ورُكْنُها: مُجيل، ومُحال، ومُحَالٌ عليْه وبِه وما يدُلُّ عُرْفاً. وصِحَّتها: بِرضا الأولَيْنِ، وبثبوتِ دَيْنٍ لازمٍ، وحُلولِ المُحالِ به. وتَساوِي المُحالِ به والمُحالِ عليْه قدراً وصِفَةً.

* * *

الحَوالـة: (بفتح الحاء) إحالة غريم إلى غريم آخر. قاله في المحيط، وهذا التعريف اللغوي لا يختلف عن تعريفها الشرعي الـذي عرفهـا به المصنف وغيره: «نقل دين بمثله...» أي طرحه وتحويله عن ذمة المدِين إلى ذمة أخرى. وعرفها ابن عرفة بنحو ذلك، فقال: «طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى»[1].

وأركانها خمسـة:

١ ـ محيل وهو مَن عليه الدين.

٢ ـ ومُحال وهو من له الدين.

٣ ـ ومحال عليـه، وهو من عليه دين مماثل للدين الأول.

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣١٦.

٤ ـ ومحال به وهو الدين المماثل للدين الأول.
٥ ـ وصيغة تدل عرفاً على التحول بلفظ أو كتابة، ولا يشترط فيها لفظ الحوالة.

أما شروط صحتها فستة وهي:

(أ) ـ (ب) رضا المحيل والمحال، لا المحال عليه فلا يشترط رضاه ولا حضوره على المشهور، إلا إذا كانت هناك عداوة بين المحال والمحال عليه فلا بد من رضاه(١).

وبه قال الشافعي في الأصح عنه أي أن المعتبر في الحوالة رضا المحيل والمحال، أما المحال عليه فلا يشترط رضاه(٢).

وقال أحمد: يشترط رضا المحيل فقط، ولا يشترط رضا المحال عليه ولا رضا المحال إن أحيل على مليء(٣).

وقال أبو حنيفة: يشترط في الحوالة رضا الثلاثة: المحيل والمحال والمحال عليه، قال: وقيل إنها تصح بلا رضا المحيل. قاله في اللباب(٤).

والأصل في الحوالة ما أخرجه مالك والشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدُكم على مليء فليتْبع»(٥).

قال عياض: «هو بسكون التاء فيهما، وبعض المحدثين: شددها في الأول، والوجه إسكانها، لأنه يقال: تبعت الرجل بحقي أتبعه تباعة، وأنا له

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٣٢٥.
(٢) مغني المحتاج ٢/١٩٣ ـ ١٩٤.
(٣) الروض المربع ٢/١٩٨.
(٤) اللباب ٢/١٦٠.
(٥) الموطأ ٢/٦٧٤ وزاد المسلم ٣/١٠.

تبيع، قال الله تعالى: ﴿ ثُمَّ لَا تَجِدُوا لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِ تَبِيعاً ﴾(١) كل ذلك بالتخفيف، والمعنى: «إذا أحيل أحدكم فليحتل»(٢) اهـ.

والاختلاف الذي وقع بين الأئمة نجم عن اختلافهم في معنى الأمر في الحديث، فحمله مالك والشافعي وأبو حنيفة على الاستحباب، فلم يوجبوا على المحال أن يتبع المحال عليه إلا إذا رضي المحال. وحمله أحمد وأهل الظاهر على الوجوب فأوجبوا على المحال أن يتبعْ المحال عليه إن كان مليئاً. قاله العراقي وغيره(٣).

وقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة. قاله في المغني(٤).

(ج) ومن شروط صحة الحوالة: ثبوت دين لازم للمحيل على المحال عليه وثبوت دين للمحال على المحيل.

واحترز بقوله: «لازم» من دين على صبي أو سفيه استدانا بدون إذن وليهما، ومثل ذلك ثمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه.

(د) ومن شروط صحتها أيضاً: حلول الدين المحال به، لأنه إن كان مؤجلاً أدى ذلك إلى فسخ دين في دين، وتقدم أن ذلك ممنوع.

(هـ) ومنها أيضاً تساوي الدينين: المحال والمحال به قدراً وصفة، كأن يحيل بعشرين درهماً على عشرين مثلها صفة، من حيث السكة والجودة والرداءة.

---

(١) الإسراء: ٦٩.
(٢) إكمال الإكمال ٤/٢٤٥.
(٣) طرح التثريب في شرح التقريب ٦/١٦٤ - ١٦٥ والمنتقى ٥/٦٦ - ٦٧.
(٤) المغني ٤/٥٧٦.

(و) ومنها أن لا يكون الدينان طعامين من بيع، لما في ذلك من بيع طعام المعاوضة قبل قبضه، وتقدم أنه ممنوع(1).

* * *

فَيَتَحَوَّلُ الْحقُّ على المحالِ عَلَيْه، ولا رُجوَع إنْ جَحدَ أو أفلس أوْ مَات إن لم يَعلَم المُحيلُ ذلك فقطْ.

وإن علم المحالُ بِعَدَمِ الدين وشُرِطت البَراءةُ فَلاَ رجوعَ له.

* * *

إذا وقعت الحوالة بعد استيفاء أركانها وشروطها الآنفة الذكر، فإن حق المحال يتحول عن المحيل إلى المحال عليه. ولا رجوع للمحال على المحيل، وإن مات أو جحد المحال عليه الحق بعد الحوالة، أو أفلس حين الحوالة، وأولى إن أفلس بعدها.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، قال مالك في الموطإ: «الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه، أنه إن أفلس الذي أحيل عليه أو مات فلم يدع وفاء، فليس للمحتال على الذي أحاله شيء، وأنه لا يرجع على صاحبه الأول. قال مالك: وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»(2).

ومحل ذلك إذا لم يعلم المحيل فقط بعدم المحال عليه، دون المحال وإلا فله الرجوع على المحيل لأنه غره. ومثل ذلك علمه بلدده. وإن

(1) الشرح الصغير ٣/٤٢٣ ـ ٤٢٦.
(2) الموطأ ٢/٧٥٠.

ادعى المحـال على المحيل العلم بذلك حلف المحيل على نفي العلم إن كان مثله يُظن به أن يعلم ذلك وإلا لم يحلف[1].

وقوله: «وإن علم المحال بعَدَم الدين. . .» إلخ يعني أن المحال إذا علم أن المحـال عليه ليس عليه دين للمحيل، وشرط المحيل البراءة من الدين الذي عليه، فلا رجوع للمحال على المحيل على المشهور ولو مات المحال عليه أو أفلس. وحينئذ تصير حمالة يشترط فيها رضى المحال عليه فإن لم يشترط البراءة فله الرجوع عند موته أو فلسه[2].

وحيث أنها حمالة فـهل للمحال عليه الرجوع على المحيل بما دفعه للمحال أو لا رجوع له؟ قال الدسوقي: «قال شيخنا العدوي: الذي ينبغي أنه إن قامت قرينة على تبرع المحال عليه فلا رجوع له بما دفـعـه وإلا كان له الرجوع»[3] اهـ.

* * *

---

(١) الشرح الكبير ٣/٣٢٨.

(٢) الشرح الصغير ٣/٤٢٥.

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٣٢٦.

بابٌ في الضمان

الضَّمانُ: التِزامُ غَير محجور ديناً على غيرِه لازِماً أو فيما يَلْزَمُ، أو طَلَبُه مَن عليهِ الدَّينُ لِمَنْ هُو لَه.

* * *

الضمانُ والكفالة والحمالة والزعامة بمعنى الالتزام، يقال: ضمن الشيء يضمنه ضَمناً وضماناً: كفل به فهو ضمين وكفيل والضمين والكفيل والحميل والزعيم سواء. قال امرؤ القيس:

«وإني زعيم إن رجعتُ مملكاً   بسيرٍ ترى منه الفرانق أزورا»

أي كفيل بذلك وضامن إياه وقال شاعر آخر:

«فلست بآمر فيهم بسِلْمٍ   ولكنّي على نفسي زعيمُ»

وهذا التعريف اللغوي لا يختلف عن تعريفه الشرعي، فقد عرفه ابن عرفة بقوله: «التزام دين لا يسقطه، أو طلب مَنْ هو عليه لمن هو له»[1]. أمّا كون الضامن مرادفاً شرعاً للحميل والزعيم والكفيل فقال في التحفة:

«وسُمِّيَ الضامن بالحميل   كذاكَ بالزعيم والكفِيل»[2]

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣١٩.

(٢) البهجة شرح التحفة ١/١٨٤.

والتعريف الذي ذكر ابن عرفة يقرب منه ما ذكر المصنف رحمه الله، قال هو: «التزام غير محجور ديناً...» إلخ أي التزام مكلف رشيد لا حجر عليه ديناً كائناً على غيره، احترازاً من الصبي والمجنون والسفيه المحجور والرقيق فلا يصح ضمانهم.

وقوله: «لازماً أو فيما يلزم» يعني أنه لا بد أن يكون الدين لازماً في الحال أو المستقبل، كأن يقول الضامن لشخص: داين فلاناً وأنا ضامن عليه، فإن الضمان يلزم إذا داينه إلا إذا عامله بشيء لا يُعامَلُ به مثله على الأرجح، وله الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لا بعدها. هذا هو تعريف ضمان المال(١).

أما ضمان الوجه والطلب فأشار إلى تعريفهما بقوله: «أو طلبه من عليه الدين لمن هو له» أي طلب المكلف غير السفيه والتزامه ـ شخصاً عليه دين لمن له الدين، فإن كان على وجه الإتيان به فهو ضمان الوجه، وإن كان على وجه التفتيش عنه وإعلام المضمون له بمحله فهو ضمان الطلب.

ولا بد في الضمان من صيغة تدل على الالتزام كأنا ضامن أو ضمانه عليَّ ونحوهما، سواء كان ذلك بقول أو كتابة أو إشارة مفهمة(٢).

والأصل في مشروعية الضمان الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقال تعالى: ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾(٣) قال ابن العربي: «قال علماؤنا: هذا نَص في جواز الكفالة». واعترض على من قال إن هذا ليس فيه كفالة إنسان عن إنسان فقال: «وأي فرق بين أن يقول التزمه عن نفسي أو التزمت عن غيري»(٤) اهـ.

---

(١) الشرح الصغير ٣/٤٢٩ ـ ٤٣٣.
(٢) المرجع السابق.
(٣) يوسف: ٧٢.
(٤) أحكام القرآن ٣/١٠٩٥ ـ ١٠٩٦.

أما السنة فعن سلمة بن الأكوع قال: «كنا عند النبي ﷺ فأتي بجنازة فقالوا يا رسول الله: صلِّ عليها، قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا فقال: «هل عليه دين؟» قالوا: ثلاثة دنانير. قال: «صلوا على صاحبكم». فقال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه فصلى عليه». أخرجه أحمد والبخاري والنسائي[1].

وفي رواية للنسائي وابن ماجه من حديث أبي قتادة أن أبا قتادة قال: «أنا أتكفل به»[2].

وروى أبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه عن أبي أمامة وهو الباهلي قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم»[3].

قال الخطابي: «والزعيم: الكفيل، والزعامة: الكفالة، ومنه قيل لرئيس القوم: الزعيم، لأنه المتكفل بأمورهم»[4] اهـ.

والآية الآنفة الذكر والأحاديث بعدها تدل على جواز ضمان المال وضمان الوجه والطلب. وقد عقد البخاري باباً لذلك فقال: «باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها»[5].

قال في الفتح: «ذكر الديون بعد القرض من عطف العام على الخاص، والمراد بغير الأبدان الأموال»[6] اهـ.

وأما الإجماع فقال ابن قدامة: «وأجمع المسلمون على جواز الضمان

---

(١) نيل الأوطار ٥/٣٥٧.
(٢) المرجع السابق.
(٣) مختصر سنن أبي داود ٥/١٩٩ـ ٢٠٠.
(٤) المرجع السابق (معالم السنن).
(٥) صحيح البخاري ٢/٨٠١.
(٦) فتح الباري ٤/٣٨٤.

في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع» منه[1].

وسواء كان الدين المضمون معلوماً أو مجهولاً، كأن يقول كل ما على فلان فأنا ضامن له مع جهل الضامن ما على فلان. قال الباجي: «الحمالة تصح في المعلوم والمجهول خلافاً للشافعي في المجهول» ثم قال: «لأن مالكاً قال: من أوجب المعروف على نفسه لزمه، والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين». عزاه ابن القاسم له في المدونة[2].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد. قال في الكتاب: «وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المال المكفول به أو مجهولاً، إذا كان ديناً صحيحاً». ومثله في المغني. خلافاً للشافعي. كما تقدم[3].

واحترز المصنف بالتزام الدين عما لا يتعلق بالذمم كالحدود والتعازير والقصاص، فلا يصح الضمان فيها قال الباجي: «ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير، قاله ابن القاسم في المدونة، ووجه ذلك أنها متعلقة بمعينين، ولا تعلق لها بالذمم، فلا تصح الكفالة فيها»[4] اهـ. وقال في الكافي «ولا تجوز الحمالة في شيء من الحدود والقصاص ولا الجراح التي فيها قصاص»[5].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[6] ونقل ابن المنذر عليه الإجماع[7].

* * *

(١) المغني ٥٩١/٤.
(٢) المنتقى ٨٣/٦.
(٣) اللباب ١٥٤/٢ - ١٥٥ والمغني ٥٩١/٤ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١٢١/١.
(٤) المنتقى ٨٤/٦.
(٥) الكافي ٧٩٣/٢ - ٧٩٤.
(٦) اللباب ١٥٤/٢ والمغني ٦١٦/٤ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١٢٥/١.
(٧) الإجماع لابن المنذر ص ١١٤.

وَرَجَعِ الضَّامِنُ بِمَا أَدَّى وَلَوْ مُقَوَّماً إِنْ ثَبَتَ الدَّفْعُ، وَلَهُ الصُّلْحُ بِمَا جَازَ لِلْمَدِينِ.

* * *

يرجع الضامن على المدين بمثل ما أدى عنه ولو كان الذي أدى عنه مقوماً، فإنه يرجع بمثله على المشهور، لأنه سلف. قال المواق: «من كتاب محمد: من تحمل بعبد أو بحيوان أو عرض أو طعام فأداه الحميل من عنده ـ رجع في ذلك كله بمثله لأنه سلف، ابن يونس: وهذا هو الصواب»[1] اهـ.

ومحل رجوع الضامن بما أدى إن ثبت الدفع منه لرب الدين ببينة أو إقرار رب الدين قال الحطاب: «والدفع إنما يثبت بالبينة المعاينة للدفع أو بإقرار صاحب الدين، وأما إقرار المطلوب فلا يثبت به الدفع»[2].

وسواء ضمن بإذن من عليه الدين أو بغير إذنه فإنه يرجع عليه بمثل ما أدى عنه إن لم يزد على الدين، لأن الضمان لا يشترط فيه عندنا إذن المدين فيصح بغير إذنه[3].

وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى أن الضامن إنما يرجع على المدين بمثل ما أدى عنه، إذا كان الضمان وقع بإذنه. أما إذا ضمن بغير إذنه فلا يرجع عليه بشيء، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي[4].

وقوله: «وله الصلح بما جاز للمدين..» يعني أن الضامن يجوز له ـ على الأصح ـ أن يصالح رب الدين بما يجوز للمدين أن يصالحه به،

(١) التاج والإكليل ١٠٣/٥.
(٢) مواهب الجليل للحطاب ١٠٣/٥.
(٣) الشرح الصغير ٤٣٤/٣.
(٤) المغني ٦٠٨/٤ ـ ٦٠٩ ومغني المحتاج ٢٠٩/٢ وبداية المجتهد ٢٩٨/٢.

كصلحه لرب الدين عن دنانير جيدة بأدنى منها أو عكسه، وكصلحه عن طعام قرض قبل الأجل بأكثر، وبعد الأجل على أيٍّ وجه. نقله عق عن التتائي[1].

قال عق: «ويستثنى من كلامه مسألتان: الأولى: صلحه بدنانير عن دراهم وبالعكس. والثانية: صلحه عن طعام بأجودَ منه أو أدنى عند حلول الأجل - فإن ذلك جائز للغريم لا للضامن، **لأنه في الأولى** صرف مؤخر، وصرف بخيار إن دفع المدين ما عليه من الدين، لا إن دفع ما أداه الحميل عنه، لأنه يخير في دفع أحد الأمرين المذكورين.

وفي الثانية: بيع الطعام قبل قبضه، أي باعه رب الدين للضامن قبل قبضه من المدين، ثم يخير المدين بين دفعه للضامن مثل ما أعطى رب الدين أو مثل ما عليه»[2] اهـ.

ورجع الضامن على المدين بالأقل من الدين. ومن قيمة ما صالح به رب الدين حيث كان مقوماً عن عين، كما لو صالح بثوب عن دراهم، أما إن صالح عنها بمثلي فإنه يرجع بالأقل من الدين ومثل المثلي[3].

* * *

وإذَا تَيسَّر الأخذُ من مالِ المدِين - ولَوْ غَابَ - فليس على الضَّامِنِ المطالبة إلاَّ أَنْ تُشتَرط أو يضمَن في الحالاتِ السِّتِ، وله طلبُ الغريم بالدَّفْعِ لَا القَبض.

* * *

(١) شرح الزرقاني على خليل ٦/٢٨.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير ٣/٤٣٧.

يعني أن المدين إذا تَيسر أخذ الدين من ماله بأن كان موسراً تناله الأحكام، أي غير ملد ولا مماطل، وماله حاضر - فإن الضامن لا يطالبه رب الدين بشيء، وحتى إذا كان المدين غائباً وماله حاضر فليس لرب الدين مطالبة الضامن على المشهور، لأن الحاكم بمنزلة المدين الغائب فيؤدي من ماله دينه(١).

ومقابل المشهور أن رب الدين مُخَيَّر في طلب أيهما شاء، إن شاء أخذ من المدين وإن شاء أخذ من الضامن، وبه قال الثلاثة(٢).

ووجه مشهور مذهبنا أن الضمان بمنزلة وثيقة بالحق، فلم ينتقل إليه إلا عند تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن.

أما وجه القول الآخر فهو أن الحق متعلق بذمة الضامن في حال عُدْم الغريم فوجب أن يكون متعلقاً بذمته في حال يساره كالغريم. قاله الباجي(٣). ويستدل للقول الأخير بالحديث الآنف الذكر: «والزعيم غارم».

ولا خلاف عندنا أن رب الدين إذا اشترط عند الضمان أخذ حقه من أيهما شاء - أن له ذلك، كما أن له تقديم الأخذ من الضامن إن اشترط ذلك، ومثل ذلك إذا ضمن الضامن المدين في الحالات الست وهي: الحياة، والموت، والحضور، والغيبة، واليسر، والعسر - فلرب الدين مطالبة الضامن ولو تيسر الأخذ من مال الغريم على المعتمد(٤).

وإذا تنازع رب الدين والضامن في ملاء المدين وعدمه فالقول للضامن ولا مطالبة لرب الدين عليه إذا ادعى أن المدين مُعدم، ولا مطالبة له على المدين أيضاً لإقراره بعُدْمه(٥). وقيل إن القول لرب الدين حتى يثبت ملاء

---

(١) منح الجليل ٣/٢٥٨.

(٢) المرجع السابق ومغني المحتاج ٢/٢٠٨ والمغني ٤/٦٠٥ وبداية المجتهد ٢/٢٩٦.

(٣) المنتقى ٦/٨٦.

(٤) الشرح الصغير ٣/٤٣٨ - ٤٣٩.

(٥) الشرح الصغير ٣/٤٣٩.

المدين، واستظهره ابن رشد، قال المتيطي: وهو الذي عليه العمل. نقله البناني[1].

وللضامن عند حلول أجل الدين ـ ولو بموت المدين ـ أن يطالب رب الدين بتخليصه من ورطة الضمان، كأن يقول له: إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عني الضمان. وله أيضاً عند حلول الأجل ـ لا قبله ـ أن يطالب المدين بدفع الدين لربه، وليس له أن يطالبه بتسليم الدين له ليوصله إلى ربه، فإن سلمه له على وجه البراءة منه ضمنه الضامن ولو تلف بغير تفريط، لأنه متعد.

أما إن أرسله معه لربه فلا يضمنه إذا ضاع بغير تفريط، لأنه صار أميناً[2].

* * *

وَعُجِّلَ بِمَوْتِ الضَّامن ورَجَعَ وَارِثُهُ بَعْدَ الأَجـلِ عَلَى الغريم. وبَطَلَ إن فَسَدَ مُتحمَّلٌ به، أو هُوَ كبِجُعلٍ، ولكِن في الفواتِ يَكونُ رَهْناً فيما يَلْزَمُ.

* * *

إذا مات الضامن قبل حلول أجل الدين الذي تحمل ـ فإن الدين يُعجل قضاؤه من تركته إن كان له تركة، ثم يرجع ورثة الضامن على الغريم بعد الأجل أو بعد موت الغريم على تركته إن ترك ما يؤخذ منه الدين وإلا سقط[3].

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٢٩.
(٢) الشرح الصغير ٣/٤٤٠.
(٣) الشرح الصغير ٣/٤٤١.

كما يعجل قضاء الدين بموت الغريم قبل حلول الأجل إن ترك ما يؤخذ منه، فإن لم يترك شيئاً لم يطالب الضامن حتى يحل الأجل، إذ لا يلزم من حلول الدين على الغريم حلوله على الضامن لبقاء ذمته[1].

وقوله: «وبطل إن فسد متحمَّلٌ به..» إلخ يعني أن الضمان يبطل إن كان الدين المتحمَّلُ به فاسداً كبيع دنانير بدراهم إلى أجل أو العكس، وكالبيع وقت نداء الجمعة، فلا يلزم الضامنَ حينئذ شيءٌ.

كما يبطل إن كان الضمانُ نفسُه فاسداً شرعاً، كإعطاء جعل للضامن من رب الدين أو من المدين أو من غيرهما، لأنه إما أن يغرم الضامن أو المدين، فإن غرم الضامن رجع بمثل ما أدى مع زيادة ما أخذ من الجعل وفي هذا سلف بزيادة وتقدم أنه ممنوع، وإن غرم المدين كان أخذ الضامن للجعل من أكل أموال الناس بالباطل وذلك حرام أيضاً[2].

وإذا كان رب الدين عالماً بأن الضمان وقع بجعل فإن الضمان يسقط ويُرد الجعل، وإن كان غير عالم بذلك فالضمان لازم، والجعل مردود، ووجه ذلك أنَّ الضمان عقد يختص بالمعروف، فلا يصح فيه العوض كالقرض[3].

ومثل الضمان والقرض الجاه فيمنع أخذ العوض على مجرده، كما تقدم في فصل القرض. ونظم ذلك أحد الفقهاء فقال:

«القرض والضمان عوْض الجاه يُمنَع أن تُرى لغير الله»

تنبيــه: إذا اشترك جماعة في الضمان اتبع رب الدين كل واحد منهم بحصته فقط، إلا أن يشترط ضمان بعضهم عن بعض، أو يضمنوا مترتبين بأن يضمن كل منهم بانفراده واحداً بعد واحد، فلرب الدين أخذه ممن شَاء

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٦/٢٩.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٤٠ ـ ٣٤١.
(٣) المنتقى للباجي ٦/٨٤.

منهم، ولو كانوا كلهم حاضرين موسرين، إن كان المدينُ معدماً، وسواء شرط حمالة بعضهم عن بعض أم لا، علم المتأخر بالمتقدم أم لا[1].

* * *

وضمانُ الوجهِ: الْتِزَامُ الإتيان بالغريم عند الأجلِ، فيبْرَأ بتسليمِه بعد الأَجَلِ، وبأمرِهِ له بتسْلِيمِ نفسِهِ فَفَعَلَ.

* * *

فسر ـ رحمه الله ـ ضمان الوجه بأنه التزام الضامن الإتيان بالغريم عند حلول أجل الدين، وتقدم ذكر ذلك صدر الباب عند تعريف أنواع الضمان ويبرأ الضامن بتسليم المدين لرب الدين عند الأجل وإن كان معدماً، لأنه لم يضمن إلا ذاته وقد أتى بها[2].

وإذا كان المدين مسجوناً وقال الضامن لرب الدين: غريمك في السجن شأنك به، فإن ذلك يعتبر تسليماً إذا حل الأجل، سواء كان مسجوناً بحق أو باطل، لإمكان أن يحاكمه رب الدين عند القاضي الذي سجنه، ما لم يشترط رب الدين على الضامن تسليم المضمون بمجلس الحكم.

وإذا مُنع ضامن الوجه من المضمون أو الوصول إليه جرى ذلك مجرى موته، وموته يُسقط الكفالة. نقله البناني عن التوضيح.

وذكر أن العمل جرى أن هذا ونحوه بمنزلة الإحضار. قال في نظم العمليات:

«وضامِنٌ مضمونَه قد حضَرا بموضعٍ إخراجُه تعذَّرا[3]

(١) منح الجليل ٣/٢٦٧.

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٤٥٠.

(٣) المرجع السابق.

يكفيه مَالم يَضْمن الإحضارَ له بمنزل الشرع فتلك المنزِلَه»[١]

وإذا أمر الضامنُ المطلوبَ بتسليم نفسه لرب الحق بعد حلول الحق وفعل المطلوب ذلك برىء الضامن، لا إن سلمه نفسه بدون أمره فلا يبرأ.

فإن لم تحصل براءة الضامن بشيء مما سبق كُلِّف بغرم الحق بعد تلوُّم يسير حسب اجتهاد الحاكم إن كانَ المضمون حاضراً أو قربت غيبته كاليومين، فإن بعدت كالثلاثة غرم مكانه[٢].

ولا ينفعه إحضاره بعد الحكم عليه بالغرم.

وهذا إذا لم يُثبت الضامن عُدْم المطلوب عند حلول الأجل. أما إذا أثبت عدمه عند حلول الأجل، وكان المطلوب غائباً، فلا غرم عليه، سواء أثبت ذلك قبل الحكم أو بعده[٣].

كما أنه لا غرم عليه إذا أثبت موته قبل الحكم عليه بالغرم.

هذا هو مشهور المذهب خلافاً لابن عبد الحكم القائل إنه لا يلزم ضامن الوجه إحضاره، فإن لم يُحضره فلا غرم عليه[٤].

ويجوز ضمانُ الوجه ويصح عند أبي حنيفة وأحمد[٥]. وكذلك عند الشافعي في أحد قوليه، قال في المنهاج: وهو المذهب. لكن الضابط بصحته عنده وقوع الضمان بإذن المكفول.

والقول الآخر للشافعي أن ضمان الوجه لا يصح مطلقاً[٦].

* * *

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٣٧.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٤٥ ـ ٣٤٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٤٥١.

(٥) الهداية ٣/٨٧ ـ ٨٨ والروض المربع ٢/١٩٦ ـ ١٩٧.

(٦) مغني المحتاج ٢/٢٠٣ ـ ٢٠٤.

وضَمانُ الطَّلَبِ: الْتِزامُ الدِّلاَلةِ عليه، ولاَ يَغْرِمُ إلاَّ إذَا فَرَّطَ.

* * *

يعني أن ضمان الطلب هو أن يلتزم الضامن البحث والتفتيش عن المضمون ثم يدل عليه رب الحق، ويصح وإن كان في شأن قصاص أوحد أو تعزير، لأنه لا يوجب غرماً، وإنما على الضامن التفتيش بما يقوى عليه، وسواء كان القصاص في القتل أو ما دونه.

وصيغة ضمان الطلب: أن يقول الضامن: أنا كفيل، أو حميل بطلبه، أو عليَّ طلبه، أو لا أضمن إلا طلبه ونحو ذلك، كأن يشترط نفي المال[1].

إذا قال ذلك أو نحوه فعليه طلب المضمون بما يقوى عليه عادة إن غاب وعلم موضعه، وأما إن كان غائباً ولم يعلم موضعه فإنه لا يكلف بالتفتيش عنه، وأما الحاضر فيطلبه بالبلد وما قاربه وإن جهل موضعه، وعليه يمين أنه ما قصر في طلبه[2].

ولا يغرم ما على المطلوب من المال إلا إذا فرط في طلبه، وأولى إذا هرَّبه أو علم مكانه ولم يدل عليه رب الحق فإنه يغرم المال إذا كان الضمان في شأن مال.

أما إذا كان الضمان في شأن قصاص أو حَدّ أو تعزير ترتب على المكفول، وفرط الضامن في طلبه أو هربه، فإنه يعاقب ولا غرم عليه[3].

وإذا لم يُعين الضامن نوع ضمانه بأن قال: أنا حميل أو زعيم أو ضامن

---

(١) منح الجليل ٣/٢٧٥ - ٢٧٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٤٦ - ٣٤٧.

أو عليٍّ، ونحو ذلك. فإنه يُحمل على ضمان المال على الأصح عند ابن يونس وابن رشد وغيرهما للحديث المتقدم: «والزعيم غارم» أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه.

وقال المازري: «اختار بعض أشياخي أنه يحمل على الوجه، لكونه أقل الأمرين» نقله الدسوقي[1].

وإذا اختلف الضامن ورب الحق في نوع الضمان بأن قال الضامن: ضمنتُ الوجه وقال رب الدين: ضمنتَ المال فالقول للضامن بيمين، لأن الطالب يدعي عمارة ذمة الأصل براءتها[2].

* * *

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

بابٌ في الشِّرْكَة

تجوزُ الشِّرْكَةُ لِلتَّجْر في الأَمْوَالِ، وتَنْعَقِدُ بما يَدُلُّ عُرْفاً، ولَزِمتْ بِه. وإنَّما تَصِحُّ مِنْ أهْلِ التَّصَرُّف إن اتَّحَدَ الْعَيْنانِ نَوْعاً وسِكَّةً.

* * *

الشِّرْكَةُ بكسر الشين وسكون الراء، وبفتح الأولى وكسر الثانية بمعنى الخلط والامتزاج في المال والنسب وغيرهما، يقال: اشتركنا وتشاركنا وشرِكته في البيع شِرْكة وشَرِكة والإسم الشِّرك بكسر الشين، يقال: رغبنا في شِرككم أي مشاركتكم في النسب ومنه قول النابغة الجعدي:

وشاركنا قريشاً في تُقاها وفي أحسَابِها شِرك العنان[1]

وفي الحديث الصحيح «من أعتق شِركاً له في عبد..» أخرجه مالك والشيخان[2].

أما تعريفها شرعاً فهي أنواع: شركة تجر، وشركة أبدان، وشركة وجوه. فشركة التجر هي: خلط مالَيْن أو أموال من مالكين فأكثر على أن

---

(١) لسان العرب.

(٢) الموطأ ٢/٧٧٢ وزاد المسلم ٣/٩٠.

يشترك الجميع في التجر؛ فيتصرف كل شريك لنفسه ولصاحبه، فتخرج الوكالة والقراض[١].

قوله: «تجوز الشركة للتجر في الأموال..» إلخ يعني أن شركة التجر في الأموال جائزة مرخص فيها، وذلك بأن يتجر كل من الشريكين في المال المشترك بينهما، سواء كانا في مكان واحد أو في مكانين متفرقين، لأن كل ما يحصل من ربح أو خسر بينهما.

وتنعقد وتلزم بما يدل عليها عرفاً من قول أو كتابة كأن يقولا معاً: اشتركنا أو يقول أحدهما: شاركني فيرضى الآخر بسكوت أو إشارة أو كتابة، ولا يشترط خلط مالي الشريكين على المشهور[٢].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد[٣].

ومقابل مشهور مذهبنا أن الخلط شرط في لزومها، وبه قال الشافعي[٤]. وإذا كانت الشركة تلزم بالقول على المشهور فإن ضمان مال كل من الشريكين يظل من صاحبه حتى يخلط المالان حقيقة، أو حكماً بحيث يجعلان في حوز واحد ولو عند أحدهما، فعندئذ يكون الضمان منهما معاً[٥].

وقوله: «وإنما تصح من أهل التصرف...» إلخ يعني أن الشركة لا تصح إلا من بالغ عاقل حر رشيد، احترازاً من الصبي والمجنون والسفيه المحجور والعبد غير المأذون، فلا تصح منهم.

وتصح بالعينْين: الذهب والفضة إن اتحدا نوعاً وقدراً وسكةً وصرفاً

(١) الشرح الصغير ٣/٤٥٥ - ٤٥٧.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الهداية ٣/٩ والروض المربع ٢/٢١٠.
(٤) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٤١ ومغنى المحتاج ٢/٢١٣.
(٥) حاشية الدسوقي ٣/٣٥٠.

وجودةً ورداءةً؛ بحيث يُخرِج هذا دراهم ويُخرِج الآخر دراهم مثلها أو يُـخرج هذا دنانير والآخر دنانير مثلها، ومثل ذلك النقود الورقية والمعدنية إن اتحدت سكة، بحيث يكون المالان من عملة بلد واحد حسبما تقدم. في كتاب البيع والصرف.

* * *

وتَصِحُّ بعرْضيْن وبعرْضٍ وعينٍ، والمعْتَبرُ القِيمـةُ، لا بطعامين وبِوَرِق وذَهَبٍ وإن اتَّفقَا صَرْفاً.

* * *

يعني أن الشركة تصح بعرضين من كلا الجانبين، سواء اتفقا جنساً أو اختلفا كحيوان من جانب وثياب من جانب آخر، ومثل ذلك طعام من جانب وعرض من جانب، وتصح أيضاً بعرض من جانب وذهب أو فضة من جانب. والمعتبر في العرضين أو العرض والطعام أو العرض والعين - إنما هو القيمة، وتعتبر القيمة يوم أحضر الاشتراك(١).

ولا تجوز الشركة بطعامين ولو اتفقا نوعاً وصفة وقدراً، لأن ذلك يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه، وتقدم الدليل على منعه.

كما أنها لا تجوز بفضة من جانب وذهب من جانب آخر، ولو اتفقا صرفاً وعجل كل منهما لما في ذلك من اجتماع الشركة والصرف، وتقدم أنه ممنوع(٢).

أما الدراهم من كلا الجانبين والدنانير من كليهما فتقدم جواز الشركة بهما وحكى ابن رشد الإجماع على ذلك. قال في المقدمات: «أجمع أهل

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٤٩ - ٣٥١.
(٢) المرجع السابق.

العلم على إجازة الشركة بالدنانير من كلا الشريكين أو الدراهم من كليهما جميعاً، ولم يعتبروا عدم المناجزة بينهما في ذلك، لبقاء يد كل منهما على ما باع، بسبب الشركة، وهو إجماع على غير قياس، وكأنهم رُخصوا في النقود لأنها أصول الأثمان، والناس محتاجون إلى العين في أمورهم، وأما الطعام فليس كذلك، فليس في الشركة فيه ضرورة» اهـ نقله البناني(١):

والأصل في الشركة الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقال تعالى: ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾(٢) وقال عز وجل: ﴿ وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلاَّ الذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وقَلِيلٌ مَّا هُمْ ﴾(٣) والخلطاء: هم الشركاء. وأما السنة فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «يقول الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهُما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما». أخرجه أبو داود وصححه الحاكم.

وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبي حيان، وقد ذكره ابن حبان في الثقات، وذكر أنه روى عنه أيضاً الحارث بن يزيد، لكن أعله الدارقطني بالإرسال فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال: إنه الصواب، قاله في التلخيص(٤).

وعن السائب بن أبي السائب أنه كان شريك النبي ﷺ في أول الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح قال: «مرحباً بأخي وشريكي، لا يداري ولا يماري». أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم واللفظ له وصححه(٥).

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٤٣ ـ ٤٤.
(٢) النساء: ١٢.
(٣) صٓ: ٣٤.
(٤) بلوغ المرام ص ١٨١ وتلخيص الحبير ٣/٤٩.
(٥) المرجع السابق والمستدرك ٢/٦١.

وأما الإجماع فقال في المغني: «وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإنما اختلفوا في مسائل منها»[1]. وتقدم الإجماع الذي نقل عن ابن رشد.

* * *

والدُّخولُ عَلَى شرْطِ التَّفَاوُتِ مُضِرٌّ، كأن يُخْرِجَ أحَدُهُما مِائةً والآخرُ خمْسِينَ عَلَى أن يَكُونَ الرِبْحُ أو العَمَلُ سَوَاءً.

* * *

يعني أنه يجب أن يكون العمل والربح والخسر على حسب رأس المال من الجانبين. فإن استويا في المال والعمل كان الربح بينهما على السواء وإن نقص أحدهما عن الآخر فإن الربح يكون بحسب ذلك.

أما إن اشترطا في العقد التفاوت في الربح أو العمل فإن العقد يفسد، ومثل المصنف لتفاوتهما في المال، أما تفاوتهما في العمل فمثاله أن يخرج كل منهما مائتين ويكون عمل أحدهما أكثر من عمل الآخر أو ينفرد بالعمل وحده.

ففي المدونة: «قلت هل يجوز أن أخرج ألف درهم ورجل آخر ألف درهم فنشترك على أن الربح بيننا نصفين، والوضيعة علينا نصفين، على أن يعمل أحدنا دون صاحبه؟ قال مالك: لا تجوز هذه الشركة بينهما، إلا أن يستويا في رأس المال وفي العمل. قلت فإن أخرج أحدهما ألف درهم والآخر ألفي درهم فاشتركا على أن الربح بينهما نصفين والوضيعة بينهما نصفين، أو إشترطا أن الوضيعة والربح على قدر رأس أموالهما، على أن

(١) المغني ٥/٣.

يعمل صاحب الألف بجميع المال وحده، ويكون عليه العمل وحده؟ قال قال مالك: لا خير في هذه الشركة»[1] اهـ.

وبه قال الشافعي في شركة العنان الآتي ذكرها وهي التي تجوز عنده من أنواع الشركة، أما غيرها فباطل عنده، غير أنه لا يشترط التساوي في العمل، قال في المنهاج: «والربح والخسران على قدر المالين تساويا في العمل أو تفاوتا، فإن شرطا خلافه فسد العقد»[2] اهـ.

أما أبو حنيفة وأحمد فيجوز عندهما أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فيكون الربح على ما اتفقا عليه، أما الخسران فعلى قدر المال، لا خلاف في هذا بين جميع أهل العلم[3].

* * *

وهي مُفاوضَةٌ إن أُطْلِقَ التَّصَرُّفُ ولو بنَوْع، فَلِكُلٍّ التَّبَرُّعُ إن اسْتَأْلَفَ به أو خَفَّ ويُبْضِع ويُقارِض إن اتَّسَعَ المالُ ويُودِع لِعُذْرٍ وأن يَبِيعَ بدين ويشتريَ.

* * *

يعني أن شركة التجر نوعان: شركة مفاوضة وشركة عنان فشركة المفاوضة هي التي أطلق فيها كل من الشريكين التصرف للآخر وإن كان الإطلاق بنوع خاص كالتصرف في الثياب أو الحيوان فتكون مفاوضة في ذلك النوع خاصة.

---

(١) المدونة ٤/٣٣.

(٢) مغني المحتاج ٢/٢١٥.

(٣) اللباب ٢/١٢٥ والمغني ٥/٣٠ ـ ٣٧.

ففي المدونة: «قال ابن القاسم: وما اشتركا فيه إن كان في جميع الأشياء فقد تفاوضا؛ وإن كانا إنما اشتركا في أن اشتريا نوعاً واحداً من التجارة، مثل الرقيق والدواب، فقد تفاوضا في ذلك النوع»(١) اهـ.

ولكل من الشريكين المتفاوضين أن يتبرع من مال الشركة ليستألف قلوب الناس للشراء والبيع منه، كما أن له أن يتبرع بما خف ولو لغير الاستئلاف كإعطاء كسرة رغيف لسائل أو مسكين، وإعارة ما جرت العادة بإعارته كدلو وفأس ومكنسة ومِرجل وإناء.

كما أن لكل من الشَريكين المتفاوضين أن يبضع، أي يدفع نقوداً أو عروضاً من مال الشركة لمن يشتري بها بضاعة من بلد كذا، ولكل منهما أن يدفع من مال الشركة نقوداً لمن يتجر بها على وجه القراض أي بحصة معلومة من الربح إذا كان المال يتسع لذلك أي للإبضاع والقراض وإلا فيمنع ذلك(٢).

ولكل منهما أيضاً أن يودع مال الشركة عند أمين إذا كان هناك عذر يقتضي ذلك، كأن يحدث له جار سوء أو تهدم داره ونحو ذلك، فإن أودع بدون عذر ضمن، ففي المدونة: «أرأيت المتفاوضين، هل يجوز لهما أن يبضع أحدهما دون صاحبه أو يقارض دون صاحبه في قول مالك؟ قال: نعم إذا كانا تفاوضا كما وصفت لك؛ قد فوض هذا إلى هذا وهذا إلى هذا، وقال كل واحد منهما لصاحبه: اعمل بالذي ترى، قلت: وجائز له أن يستودع؟ قال: إذا احتاج إلى أن يستودع جاز ذلك»(٣) اهـ.

وللشريك المفاوض أن يبيع بدين، وله أن يشتري به على المشهور، خلافاً لما ذهب إليه خليل في مختصره حيث أجاز البيع بالدين ومنع الشراء

---

(١) المدونة الكبرى ٣٧/٤.
(٢) الشرح الصغير ٤٦٤/٣ ـ ٤٦٥.
(٣) المدونة الكبرى ٤١/٤.

به[1]. تابعاً في ذلك ابن عبد السلام، وقد رجح البناني وغيره ما ذهب إليه المصنف من التسوية بين البيع بالدين والشراء به في الجواز[2].

* * *

ومن أخَذ قِراضاً أو اتَّجَرَ في وَدِيعةٍ فَلَه وعَليه إن لم يرْضَ الآخَرُ، والقَوْلُ لمدعي التَّلَفِ والخُسْرِ واخْتِصاصٍ بلائقٍ به ولِمُدَّعِي النِّصفِ وأُلغِيَتْ نَفَقَتُهما وكِسْوتُهما، وإن بَبَلَدين، كعِيالِهمَا إن تَقَارَبا.

* * *

يعني أن أحد الشريكين إذا أخذ مالاً من أحد ليعمل فيه قراضاً بالربح الذي جعل له رب المال، أو اتجر بوديعة تعدياً. فإنه يستبد بالربح والخسر فيهما دون شريكه، إلا إذا علم شريكه بتعديه في الوديعة ورضي بذلك فيكون الربح لهما والخسر عليهما[3].

وليس للشريك أخذ مال قراض إلا بإذن شريكه إلا إذا كان العَمل فيه لا يشغله عن العمل في الشركة، فيجوز له ذلك ولو بغير إذن شَريكه[4].

وإذا ادعى أحد المتفاوضين أن بعض المال قد تلف أو خسر وكذبه الآخر فإن القول لمن ادعى التلف والخسر لأنه أمين، فإن كان عدلاً مرضياً لم يحلف وإن كان متهماً ظنيناً حلف. قاله في المعيار[5].

---

(١) مختصر خليل ص ٢١٢.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٤٥.

(٣) الشرح الصغير ٣/٤٦٨.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المعيار المعرب ٨/١٩١.

وإذا ادعى أحدهما أنه اشترى شيئاً لنفسه وادعى الآخر أنه للشركة، فالقول لمدعي الاختصاص بشيء لائق به فيصدق فيه كطعام ولباس، سواء اشترى ذلك لنفسه أو لعياله. فله من ذلك ما يناسبه، لا إن كان غير لائق به أو كان عرضاً أو عقاراً أو حيواناً، فلا يصدق فيه بل يكون القول فيه لمدعيه للشركة.

وإن ادعى أحدهما أن المال شركة بالنصف وقال الآخر إنه بالثلث أو الثلثين، أي بأقل من النصف أو بأكثر فالقول لمن ادعى أنه بالنصف بيمين.

وقوله: «وألغيت نفقتهما وكسوتهما» إلخ يعني أن نفقة المتفاوضين وكسوتهما تُلغى؛ فلا تحسب على واحد منهما وإن كانا ببلدين مختلفي السعر، كما تُلغى نفقة عيالهما وكسوته - إذا تقاربا في عدد العيال وسنه، هذا إذا كان المال بينهما على السواء، أما إذا لم يتقارب العيالان سناً وعدداً أو لم يك المال بينهما على السواء، فتحسب نفقة كل منهما على نصيبه.

قال في الكافي: «ونفقتهما جميعاً من المال، لأنهما يعملان جميعاً فيه، فإن كانت نفقة أحدهما أكثر من نفقة صاحبه لعيال أو غير ذلك حُسِبت على كل واحد منهما نفقته في نفسه وعياله»[(1)] اهـ.

هذه شركة المفاوضة، وضابطها - كما رأينا - أن يفوض كل من الشريكين لصاحبه التصرف في الغيبة والحضور، وتقدم أنها جائزة عند غير الشافعي.

أما شركة العنان فهي أن يشترط الشريكان عدم استبداد أحدهما بالتصرف. قال خليل: «وإن اشترطا نفي الاستبداد فعنان»[(2)].

قال عق: «بكسر العين وتخفيف النون، أي تسمى شركة عنان، وهو في

---

(1) الكافي ٢/٧٨٣.
(2) مختصر خليل ص ٢١٣.

الأصل اسم لما تقاد به الدابة، ثم استعير لما هنا»[1] اهـ.

وقال في الشرح الصغير: «كأن كل واحد آخذ بعنان صاحبه»[2]. ومعنى ذلك أن كلاً منهما أمسك صاحبه عن التصرف إلا بإذنه.

وهذا النوع من أنواع الشركة متفق عليه عند جميع الأئمة، وحكى ابن المنذر الإجماع على جوازه. قاله في المغني[3].

* * *

وَمَن اشْترى سِلعةً في سُوقِها، فلمن حَضَر من تُجَّارِهَا الدُّخُول مَعَه إن سَكت، إلاَّ مَا كَان لقُنْيةٍ أوْ ليُسَافِرَ به.

* * *

من اشترى سلعة في سوق معدة لشراء تلك السلعة بالبلد، فلمن حضر من تجار تلك السلعة أن يشترك معه بشروط وهي:

- أن تشتري من سوق تلك السلعة وإن كان المشتري من غير تجارها.
- وأن يشتريها المشتري للتجارة بها وفي البلد خاصة.
- وأن يكون غيره من تجار السلعة المشتراة حاضراً للشراء وسكت، فلم يتكلم بمزايدة ولا مناقصة.

وهذا النوع من الشركة يسمى شركة الجبر فيجبر المشتري على إشراك غيره من التجار حسب الشروط الآنفة الذكر.

أما إذا لم تتوفر الشروط، فإن المشتري لا يجبر على الإشراك، بأن اشترى السلعة للقنية، أو لحاجة خاصة كالأضحية، أو اشتراها ليسافر بها إلى

(١) شرح الزرقاني على خليل ٦/٥٢.
(٢) الشرح الصغير ٣/٤٧٢.
(٣) المغني ٥/١٦.

بلد آخر. أو قال المشتري للحاضرين من التجار قبل البيع: أنا لا أشارك أحداً، ومن شاء أن يزيد زاد، فلا يجبر على إشراكهم في هذه المسائل[1].

ففي العتبية: «سئل ابن القاسم عن رجل وقف على رجل يشتري سلعة فوقف لا يتكلم حتى لما وجب البيع قال الرجل: أنا شريكك، فقال المشتري: لا أشركك، وإنما قال له ذلك بعد وجوب البيع، قال: يشركه إن شاء، وإن أبى ألقي في الحبس حتى يفعل، إذا كان إنما اشتراه ليبيعه، إلا أن يكون اشتراه لمنزله أو ليخرج به إلى بلد آخر، فلا يكون له في هذا شركة»[2] اهـ.

* * *

وَتَجُوزُ الشركةُ في العمل إن اتَّحَدَ أو تلازَما ودَخلا على أنَّ لِكلٍّ بِقَدْرِ عَمَلِه، ولا يَضُرُّ التَّبَرُّعُ بزَائِدٍ بَعْدَ العَقْدِ في هَذَا، وَلا في شركةِ الأمْوالِ ولا انفرادٍ، كغَيْبَةِ كلٍّ بمَكَانٍ إن جَالت يد كلٍ على مَا عِندَ الآخرِ. والتَّفاوُتُ الْيَسيرُ مُغْتَفَرٌ كَغَيْبَةِ أَحَدِهما الثَّلاثَةَ الأَيَّامِ أو مرضِه.

* * *

يعني أن شركة العمل ـ وتسمى أيضاً شركة الأبدان ـ جائزة، وهي أن يشتركا فيما يكسبان من عملهما بأبدانهما. فتجوز إن اتحد العمل والصنعة كخياطين وحدادين أو نساجين، أو تلازم عملهما، بحيث توقف أحدهما على

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٣٦٠.

(٢) البيان والتحصيل ١٢/٤٩.

الآخر كغزل ونسج، ودخلا على أن يكون لكل منهما من الربح حسب عمله، بمعنى أن لا يكون في صلب العقد غير ذلك.

أما التبرع بعد العقد بزائد لأحدهما فلا يضر، كما لا يضر في شركة الأموال، سواء كانت مفاوضة أم عناناً.

ولا يضر انفراد كل منهما في مكان إذا حصل التعاون، بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد الآخر. كخياطين في حانوتين إذا كان انفرادهما أرفق بهما وأسهل لعملهما. قال المواق: «من المدونة قال ابن القاسم: شركة أهل الصنعة جائزة بوجهين: أن تكون الصنعة واحدة، وأن يعملا في حانوت واحد، وأجاز في العتبية أن يكونا في حانوتين في صنعة واحدة. ابن يونس: لعله يريد في موضعين نفاقهما واحد، وتكون أيديهما تجول في الحانوتين جميعاً، ابن رشد: لا وجه لما في العتبية إلا أن يكون معناه أنهما يجتمعان معاً على أخذ الأعمال، ثم يأخذ كل واحد منهما طائفة من العمل يذهب به إلى حانوته، يعمله فيه لرفق له في ذلك لسعة حانوته، أو انشراحه أو قربه من منزله، وشبه ذلك»(١) اهـ.

وقوله: «والتفاوت اليسير مغتفر...» إلخ يعني أن التفاوت اليسير في عمل شريكي العمل مغتفر مع كون الربح بينهما على السوية، وذلك ككون أحدهما عمله أقل من النصف قليلاً والآخر أكثر منه قليلاً أو عمل أحدهما أكثر من الثلث قليلاً والآخر أقل من الثلثين قليلاً(٢).

كما يغتفر تخلف أحدهما تخلفاً يسيراً نحو يومين لمرض ونحوه لا إن كثر فلا يغتفر، وعندئذ يختص كل واحد بعمله إلا إذا تبرع الذي لم يتخلف بالتساوي. فيجوز ذلك إذا لم يشترط في العقد.

ففي المدونة «إذا مرض أحد شريكي الصنعة أو غاب يوماً أو يومين

---

(١) التاج والإكليل ١٣٦/٥.

(٢) الشرح الصغير ٤٧٦/٣.

فعمل صاحبه فالكسب بينهما، لأن هذا أمر جائز بين الشركاء إلا ما تفاحش من ذلك وطال، فإن العامل إن أحب أن يعطي لصاحبه نصف ما عمل جاز ذلك، إذا لم يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر فبينهما، فإن عقدا على هذا لم تجز الشركة، فإن نزل كان ما اجتمعا فيه من العمل بينهما على قدر عملهما، وما انفرد به أحدهما له خاصة دون الآخر.

ابن يونس: يـريد قل أو كثر». نقله المواق(١).

والأصل في شركة العمل: حديث أبي عبيدة عن عبدالله وهو ابن مسعود ـ قال: «اشتركت أنا وعمار وسعد ـ يعني ابن أبي وقاص ـ فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين، ولم أجيء أنا وعمار بشيء». أخرجه النسائي وابن ماجه وأبو داود، واللفظ له(٢).

قال المنذري: «وهو منقطع، فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه» يعني ابن مسعود(٣).

قال الخطابي: «شركة الأبدان صحيحة في مذهب سفيان الثـوري وأصحاب الرأي وهذا الحديث حجة لهم، وقد احتج به أحمد بن حنبل وأثبت شركة الأبدان». ثم قال: «وأبطلها الشافعي وأبو ثور»(٤) اهـ. ونحوه في المغني وغيره.

وعليه فإن أبا حنيفة وأحمد يوافقان مالكاً في شركة العمل التي تعرف أيضاً بشركة الأبدان والصنائع، إلا أن أبا حنيفة لا يُشترطُ عنده فيها اتحاد العمل فتجوز عنده بين خياط ونجار، أما أحمد فكمالك في وجوب اتحاد

---

(١) التاج والإكليل ٥/١٤٠.
(٢) سنن النسائي ٧/٣١٩ وسنن ابن ماجه ٢/٧٦٨ ومختصر سنن أبي داود ٥/٥٢ ـ ٥٣.
(٣) المرجع السابق.
(٤) معالم السنن ٣/٩٢ ـ ٩٣.

العمل[1]. أما الشافعي فلا يصح عنده من أنواع الشركة إلا شركة العنان كما تقدم.

ولا تجوز شركة الذمم والوجوه وتفسد قال خليل: «وباشتراكهما بالذمم أن يشتريا بلا مال وهو بينهما»[2] قال الحطاب: «أي وفسدت الشركة بسبب اشتراك المتشاركين بالذمم، وتسمى شركة الوجوه، ثم فسرها بأن يشتريا بلا مال، يعني أن يدخلا على أن يبيعا ويشتريا على ذمتهما، فما اشتراه أحدهما كان في ذمتهما معاً، وهذا إذا لم يكن اشتراكهما في شيء معين، وأما الاشتراك في شيء معين فهو جائز». ثم قال عند قول خليل: وكبيع وجيه مال خامل بجزء من ربحه». «هذا تفسير ثان لشركة الذمم»[3] اهـ.

وعلى هذا فإن شركة الذمم لها تفسيران حسب ما ذكر الحطاب في تبيين ما ذكر خليل، وقيل إن التفسير الأول خاص بشركة الذمم وأن التفسير الثاني خاص بشركة الوجوه، وأنهما نوعان من أنواع الشركة فاسدان. وإلى هذا ذهب البناني، قال في حاشيته: «وأما شركة الذمم فليس لها إلا التفسير الأول، ولفظ ابن الحاجب: ولا تصح شركة الوجوه، وفسرت بأن يبيع الوجيه مال الخامل ببعض ربحه، وقيل هي شركة الذمم» قال: «وكلتاهما فاسدة وتفسخ، وما اشترياه فبينهما على الأشهَر، ونحوه لابن شأس» ونسب الأول لبعض أهل العلم، والثاني لعبد الوهاب»[4] اهـ.

وبه قال الشافعي كما تقدم أي أن شركتي الذمم والوجوه فاسدتان.

وقال أبو حنيفة وأحمد إنَّ شركة الوجوه جائزة وصحيحة، وفسراها بما فسرت به شركة الذمم أي أن يشتركا فيما يشتريان في ذمتيهما. قالا: وسميت بالوجوه لأنه لا يَشتري بالنسِيئة أي بالدَّيْن إلا من كانت له وجاهة عند الناس[5].

---

(١) العناية على الهداية هامش فتح القدير ٢٨/٥ والمغني ٦/٥ ـ ٧.

(٢) مختصر خليل ص ٢١٤.

(٣) مواهب الجليل ١٤١/٥ ـ ١٤٢.

(٤) حاشية البناني على الزرقاني ٥٨/٦.

(٥) الهداية ١١/٣ والروض المربع ٢١١/٢.

فَصل في بيان أَشْيَاءَ يُقْضَى بها بين الشّرَكَاءِ وغيرهم

يُقضَى على الشَّريكِ فيما لاَ يَنْقَسِمُ بالتَّعْمير أو البَيْع فإن أبى اسْتَوْفى الآخَر منَ الغَلَّةِ إن عَمَّر - مَا أَنْفَقَ ثم قُسِمَ، وإن أذِن ففي ذِمَّتِهِ.

* * *

يعني أنه إذا كان بين شريكين عقار لا يقبل القسمة كحمام أو حانوت حصل فيه خلل وأراد أحدهما أن يعمره وأبى الآخر - فإن القاضي يأمر الآبي أن يعمره مع الشريك الذي أراد التعمير، وينذره أنه إذا لم يفعل ذلك يبيع عليه نصيبه فإن أصر على الامتناع حكم عليه ببيع نصيبه لمن يصلحه ويجبر على ذلك.

هذا في غير العين والبئر المشتركتين أما فيهما فإن الآبي عن التعمير لهما لا يقضي عليه بالبيع بل يقال لشريكه: عمر ولك جميع الماء ما لم يدفع لك الآبي ما يخصه من النفقة، فإن لم يدفعه فالماء للمعمر، ولو زاد على ما أنفق وقيل إن له منه قدر ما أنفق فقط[1].

وإذا كان الذي لا ينقسم له غلة كبيت فيه رحًى مُعَدَّة للكراء وخربت، وقام أحد الشريكين بإصلاحها بعد أن أبى شريكه فإنه يستوفي ما أنفق عليها

(١) الشرح الصغير ٣/٤٧٨ - ٤٧٩.

من غلتها ثم يقسم باقي الغلة بينهما، أما إن أذن الشريك لصاحبه في التعمير فإن ما ينوبه من التعمير يرجع عليه به في ذمته، لا في الغلة الحاصلة من الرحى[1].

وإذا كان لشخص بناء وعليه بناء لشخص آخر وضعف البناء الأسفل فإن صاحبه يقضى عليه بالتعمير أو البيع، وعليه تكاليف تعليق البناء الأعلى بمسامير ونحوها حتى ينتهي إصلاح البناء الأسفل.

وعليه أيضاً كنس المرحاض الذي يُلقِي فيه ربّ العلو سقطاته، لأنه بمنزلة سقف الأسفل وقيل الكنس على الجميع بقدر الجماجم. ومحل الخلاف إذا لم يجر العرف بشيء، وإلا عمل به اتفاقاً[2].

تنبيــه: يقضى للباعة بالجلوس في أفنية الدور والحوانيت للبيع إن كان الجلوس خفيفاً لا يضر بالمارة. وإذا كانت الأفنية في طرق واسعة فالراجح جواز كرائها لمن يبيعون بها. قال في منح الجليل: «من سماع ابن القاسم: سئل مالك رضي الله تعالى عنه عن الأفنية التي في الطرق، يكريها أهلها، أذلك لهم وهو طريق المسلمين؟ فقال: أما كل فناء ضيق إذا وضع فيه شيء أضر بالمسلمين في طريقهم فلا أرى أن يمكن أحد من الانتفاع به، وأن يمنعوا، وأما كل فناء إن انتفع به أهله فلا يضيق على المسلمين في مرورهم لسعته فلا أرى به بأساً»[3]اهـ.

ويقضى للسابق من الباعة إلى الأفنية بها، كما يقضى للسابق بموضع من المسجد به، ولو قام لتجديد وضوء ونحوه[4]، لما في صحيح مسلم من حديث أبي عوانة مرفوعاً: «من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به»[5].

---

(١) المرجع السابق ٣/٤٨١ ـ ٤٨٢.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٦٥ ـ ٣٦٦.

(٣) منح الجليل ٣/٣٢٦.

(٤) المرجع السابق ٣/٣٢٧.

(٥) صحيح مسلم ٤/١٧١٥.

قال النووي: «قال أصحابنا: هذا الحديث فيمن جلس في موضع من المسجد أو غيره لصلاة ـ مثلاً ـ ثم فارقه ليعود، بأن فارقه ليتوضأ أو يقضي شغلاً يسيراً ثم يعود، لم يبطل اختصاصه، بل إذا رجع فهو أحق به في تلك الصلاة، فإن كان قد قعد فيه غيره فله أن يقيمه، وعلى القاعد أن يفارقه». قال: «ولا فرق بين أن يقوم منه ويترك فيه سجادة ونحوها أم لا، فهذا أحق به في الحالين»(١) اهـ.

وقال القرطبي: «وإذا أمر إنسان إنساناً أن يبكر إلى الجامع فيأخذ له مكاناً يقعد فيه ـ لا يكره، فإذا جاء الآمر يقوم من الموضع، لما روى أن ابن سيرين كان يرسل غلامه إلى مجلس له في يوم الجمعة فيجلس له فيه، فإذا جاء قام له منه». قال: «وعلى هذا من أرسل بساطاً أو سجادة فتبسط له في موضع من المسجد»(٢) اهـ.

وعقب الحطاب على كلام القرطبي فقال: «وتخريجه إرسال السجادة على إرسال الغلام غير ظاهر، والصواب ما قاله في المدخل، وأن السبق لا يستحق بها»(٣) اهـ.

ومثل ذلك ما جاء في الفردوس(٤) لشيخنا العلامة الشيخ إبراهيم (إبَّاه) بن محمد الأمين اللمتوني الشنقيطي، ففيه:

«وموضع بمسجد لا يُستحق   بكفراش فهو للذي سَبَقْ
ومن يكن قام بقصد المرْجع   قولانِ في استحقاقه للموضع»

والراجح استحقاقه له إن رجع إليه بقرب كما تقدم.

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/١٦١ ـ ١٦٢.
(٢) تفسير القرطبي ١٧/٢٩٨.
(٣) مواهب الجليل ٥/١٥٩.
(٤) الفردوس: مجموعة أنظام لفقهاء موريتانيين ـ وجمعها العلامة الشيخ إبراهيم (إبَّاه) بن محمد الأمين اللمتوني الشنقيطي في كتاب مستقل، وحذف منها المكرر وأضاف إليها أنظاماً من نفسه وما زال مخطوطاً.

ومحل استحقاقه له أن يكون ذلك الموضع غير معتاد لغيره، أما إذا اعتاده غيره في الجلوس لتعليم علم أو إقراء أو فتوى، فإنه لا يستحقه، وإنما يستحقه من اعتاده بذلك، قاله في الشرح الصغير(1).

* * *

وَبِهَدْمِ بِنَاءٍ في الطَّريقِ وإن لم يَضُرَّ وسدِّ كَوَّةٍ حَدَثَتْ وإزَالةِ ما ضَرَّ بِكَجِدارٍ إن حَدَثَ، كقطع ما امْتَدَّ مِن أغْصَانِ شَجَرةٍ في هَوَاء غيره.

* * *

يعني أنه يقضى بهدم بناء بني في طريق يمر بها الناس، ولو لم يضر البناء بالمارة، فليس له ذلك، لأنه إذا لم يضر في الحال قد يضر في المستقبل، والطريق مشاع بين الجميع، وكلما اتسعت الطرق كان ذلك أدعى لتوفر المناخ الصحي وأدعى للأمن، خصوصاً وأن السيارات أصبحت منتشرة في أكثر البلاد، وإذا نظرنا إلى مدننا القديمة نجد أن الناس يلاقون صعوبة في السير في طرقاتها إذ لا يمكن للسيارات أن تسير في الكثير من أزقتها لضيقها، وإن الذين خططوا لهذه المدن القديمة ـ كشنقيط وولاته ـ قد لا يكون في حسبانهم حدوث السيارات.

ويقضى على جار بسد كوة ـ أحدث فتحها ـ تُطل على جاره فتكشف عن حريمه، وأما القديمة فلا يقضى بسدها، ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت لكن يندب سدها رفقاً بالجار. كما لا يقضى بسد الحديثة إذا كانت عالية لا يطلع على الجار منها إلا بصعود على سلم ونحو ذلك(2).

---

(1) الشرح الصغير ٣/ ٤٨٤.

(2) الشرح الصغير ٣/٤٨٣ ـ ٤٨٦.

ويقضى على الجار بإزالة ما يضر بجدار جاره كطاحون وبئر وغرس شجر، أي يمنع من إحداث ذلك فإن أحدثه قضي بإزالته.

وإذا كان الشجر قديماً فإنه يقضى عليه بقطع ما امتد من أغصانه في الهواء إذا أضر بجاره. أما الشجر نفسه فلا سبيل لقلعه إذا كان قديماً.

ولا يقضي بمنع بناء مانع من الضوء والشمس والريح للجار. ولا بمنع علو بناء على بناء الجار إلا أن يكون الجار ذمياً فيمنع من علو بنائه على جاره المسلم.

وإذا علا بناء المسلم على جاره المسلم فإنه يمنع من الضرر به، فلا يشرف عليه من العلو[1].

ويمنع الجار من إحداث ما فيه رائحة كريهة كإحداث ذي دخان ودباغ وحمام له رائحة كريهة ونحو ذلك، قال عق: «لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم وتصل إلى الأمعاء فتؤذي الإنسان، كما أن رائحة دخان الحمام تؤذي أيضاً، والمراد في ذلك كله الحادث على البيوت»[2] اهـ.

والأصل في هذا كله ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره...»[3].

والأصل فيه أيضاً حديث: «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك في الموطإ مرسلاً عن يحيى المازني وأخرجه ابن ماجه موصولاً عن عبادة بن الصامت[4].

* * *

(١) المرجع السابق.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٦/٦٣.
(٣) زاد المسلم ٣/٢٥٩ - ٢٦٢.
(٤) الموطأ ٢/٧٤٥ وسنن ابن ماجه ٢/٧٨٤.

وَنُدِبَ تَمْكِينُ جَارٍ من غَرْزِ خَشَبٍ، وإرْفاقٌ بكَمَا عُونٍ وإعَانَةٌ في مُهِمٍّ.

* * *

يعني أنه يندب للجار تمكين جاره من غرز خشب أي إدخاله في جداره، لما في ذلك من المعروف ومكارم الأخلاق. مع أن رسول الله ﷺ نهى أن يُمنع الجار من ذلك.

ففي الموطإ والصحيحين واللفظ لمالك: «عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره». ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم»[1].

فمشهور مذهبنا أن ذلك على وجه المعروف والترغيب في إكرام الجار، وهو مذهب أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في الأصح عنه، لأن إعراض الصحابة عن العمل به يدل على أنهم فهموا منه الندب لا الوجوب.

وروي عن مالك والشافعي أيضاً أن ذلك للوجوب إذا لم يضر الغرز بالجدار، وهو المذهب عند أحمد، ويدل عليه ظاهر الحديث والله أعلم[2].

وقوله: «وإرفاق بكماعون...» إلخ يعني أن المسلم يندب له إرفاق لأخيه المسلم أي إعانته ومساعدته، ويتعين في ذلك القريب والجار. فيساعده بما عون كدلو وقِدر وفأس وأوان وشبه ذلك.

كما يندب له إعانته بكل ما يحتاج إليه من مال وغيره كالقرض

(١) الموطأ ٧٤٥/٢ وزاد المسلم ٤١٤/٥ ـ ٤١٥.

(٢) المنتقى ٤٣/٦ وصحيح مسلم بشرح النووي ٤٧/١١ ـ ٤٨.

والإعارة والهبة. وكذلك إعانته بيده كما في الصحيحين: «تعين صانعاً أو تصنع لأخرق»(١).

والأصل في ندب إكرام الجار وغيره قوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللهَ وَلاَ تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبالْوَالِدَيْن إِحْسَاناً وَبِذي القُربى وَالْيَتَامَى والمَساكِينِ والجَارِ ذي الْقُرْبَىٰ وَالجارِ الجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابنِ السَّبيل﴾(٢).

وقال تعالى: ﴿وتعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثمِ وَالْعُدْوانِ﴾(٣). والتعاون له وجوه كثيرة، ولا شك أن ما ذكر يدخل فيها.

وفي صحيح مسلم «عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسَّر على مُعسر يسَّر الله عليه في الدنيا والآخرة ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، .والله في عون العبد ما كان العبدُ في عون أخيه»(٤).

* * *

(١) رياض الصالحين ص ٧٠.
(٢) النساء: ٣٦.
(٣) المائدة ٢.
(٤) صحيح مسلم ٤/٢٠٧٤.

فَصْلٌ في المُزَارَعَةِ

تجوز الشِّرْكَةُ في الزَّرْعِ، وإنَّما تَلْزَمُ بالبَـذْرِ ونَحْوِه، وصِحَّتُهَا بالسَّلامَةِ مِن مُقَابَلةِ الأَرْضِ بالبَذْرِ، وَالدُّخولِ على أنَّ الربحَ بِقَدْرِ المخرَجِ، فيَجـوُز أن تكون الأَرْضُ والبـذْرُ من أحدِهما، وعَلَى الآخرِ الآلَةُ والعَمَلُ فَقَطْ، والعَقدُ بلفْظِ الإجَارَة مُفْسِدٌ.

* * *

المزارعة: مفاعلة من الزرع ومفهومها اللغوي معروف. أما تعريفها الشرعي فقال ابن عرفة: «المزارعة: شركة في الحرث»[1].

وقد رغَّب رسول الله ﷺ في الحرث والغرس، ففي الصحيحين «عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة»[2].

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٩٠.

(٢) زاد المسلم ٢/٣٣٣ ـ ٣٣٦.

وعن عبد الله بن عبد الملك أنه لقي ابن شهاب الزهري فقال: دلني على مال أعالجه فأنشأ يقول:

أقول لعبد اللّه لما لقيته   وقد شدَّ أحْلاسَ المطيِّ مُشَرِّقَا
تتبَّعْ خَبايَا الأرضِ وادْعُ مَليكها   لعَلَّك يَوماً أن تُجابَ فتُرْزَقا

نقله الحطاب في حاشيته[1].

وقوله: «تجوز الشركة في الزرع...» إلخ يعني أن شركة الزرع جائزة، إذا اعتبرت شروطها الآتية إن شاء الله.

ولا تلزم إلا بالبذر ونحوه كوضع الزريعة على الأرض مما لا بذر لحبه كالبصل والقصب، هذا هو المشهور، وعليه عوَّل خليل بقوله: «لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر»[2]. وقيل تلزم بالعقد، وقيل: لا تلزم إلا بالشروع في العمل[3].

وتصح المزارعة بثلاثة شروط وهي:

١ ـ أن تسلم من كراء الأرض بممنوع، كأن تكون الأرض لأحدهما والبذر للآخر، لأن في ذلك كراء الأرض بطعام وبما تنبته وكلاهما ممنوع، سواء كان الطعام مما لا تنبته كعسل أو كان ما تنبته غير طعام كقطنٍ، فكل ذلك ممنوع إلا الخشب كما سيأتي في باب الإجارة إن شاء الله.

٢ ـ أن يدخلا على أن الربح بينهما بنسبة المُخْرَج أي بنسبة ما يُخْرِج كل منهما، كأن يكون كراء الأرض ألف درهم، وكراء العمل والآلة ألف درهم. والبذر بينهما، ويكون الربح بينهما على السواء، أو يكون كراء الأرض ألف درهم وقيمة العمل والآلة خمسمائة درهم واشترطا أن يكون

---

(١) مواهب الجليل ١٧٦/٥.
(٢) مختصر خليل ص ٢١٥.
(٣) مواهب الجليل ١٧٧/٥.

لصاحب الأرض ثلثان ولصاحب العمل والآلة ثلث واحد ويكون إخراج البذر حسب نسبة كل منهما.

٣ ـ أن يتماثل البذران نوعاً وصفة كقمح أو شعير أو ذرة لا إن اختلفا كقمح من جانب وذرة من جانب فلا يجوز ذلك(١).

وقوله: «فيجوز أن تكون الأرض والبذر من أحدهما. . .» إلخ. هذا مثال لما استوفى الشروط الثلاثة الآنفة الذكر والتي لا تصح شركة الزرع إلا بها، فيجوز أن تكون الأرض من أحدهما ومن الآخر العمل والبذر بينهما، أو يكون البذر من أحدهما والعمل من الآخر والأرض بينهما، أو البذر والأرض معاً من أحدهما ومن الآخر العمل فقط.

فهذه الصور الثلاث جائزة كالصور الأولى، لأن الأرض فيها سلمت من كرائها بما تنبته، ومن كرائها بالطعام.

وقوله «والعقد بلفظ الإجارة مفسد». يعني أن الشركة في الزرع تفسد إذا عقدت بلفظ الإجارة لما في هذا العقد من الجهل بالأجرة لأنه لا يعلم ما يحصل من الزرع فتكون إجارة بمجهول(٢).

تنبيه: إذا فسدت المزارعة بفقد شرط من شروطها أو وقوعها بلفظ الإجارة ونحو ذلك، وفاتت بالعمل ـ فإن الشريكين إذا كانا قد عملا معاً ـ يكون الزّرع بينهما ويترادان غيره من البذر والأرض، فيرجع رب الأرض بنصف كرائها على شريكه، ويرجع رب البذر على شريكه بحصته من البذر.

أما إذا لم يعملا معاً بأن انفرد أحدهما بالعمل ـ فإن للعامل الزرع وحده إن كانت الأرض أو البذر له مع عمله، أو كان له مع عمله بعض كل منهما. وعليه مثل البذر إن كانت الأرض له وعمل معها وكان البذر من صاحبه، كما أن عليه أجرة الأرض إن كان له البذر مع عمله وكانت الأرض

---

(١) الشرح الصغير ٣/٤٩٤ ـ ٤٩٧.

(٢) المرجع السابق.

لصاحبه. هذا ما اقتصر عليه صاحب الأصل وخليل[١] وهو المعتمد[٢].

وذكر ابن رشد في المقدمات ستة أقوال في المسألة، أي في المزارعة إذا فسدت وفاتت بالعمل، نقلها البناني في حاشيته[٣].

والأصل في جواز المزارعة ما في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع. وأخرجه مالك عن سعيد بن المسيب مرسلاً[٤].

قال في الفتح: «هذا الحديث هو عمدة من أجاز المزارعة والمخابرة لتقرير النبي ﷺ لذلك واستمراره على عهد أبي بكر إلى أن أجلاهم عمر...» قال: «واستدل به على المساقاة في النخل والكرم وجميع الشجر الذي من شأنه أن يثمر ـ بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمرة، وبه قال الجمهور. وخصه الشافعي في الجديد بالنخل والكرم، وألحق المقْل بالنخل لشبهه به، وخصه داود بالنخل. وقال أبو حنيفة وزُفَرُ: لا تجوز بحال، لأنها إجارة بثمرة معدومة أو مجهولة»[٥].

وعليه فإن أبا حنيفة لا تصح عنده المزارعة ولا المساقاة[٦]. أما الشافعي فتصح عنده المساقاة ولا تصح عنده المزارعة، إلا مع المساقاة عند عسر إفراد النخل بالسقي قال في المنهاج: «ولا تصح المخابرة» قال: «فلو كان بين النخل بياض صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل، بشرط اتحاد العامل وعسر إفراد النخل بالسقي»[٧] اهـ.

---

(١) الشرح الصغير ٣/٤٩٨ ـ ٤٩٩ ومختصر خليل ص ٢١٦.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٧١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) صحيح البخاري ٢/٨٢٠ وصحيح مسلم ٣/١١٨٦ والموطأ ٢/٧٠٣.

(٥) فتح الباري ٥/١٠.

(٦) المرجع السابق.

(٧) مغني المحتاج ٢/٣٢٣ ـ ٣٢٤.

أما أحمد فيتفق مع مالك في جواز الجميع[1]. لحديث الصحيحين المتقدم، ولما في صحيح البخاري قال: «باب المزارعة بالشطر ونحوه، وقال قيس بن مسلم: عن أبي جعفر قال: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع، وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين»[2].

أما ما في الصحيحين: «عن رافع بن خديج قال: كنا أكثر الأنصار حقلا وكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك، فأما بالورق والذهب فلم ينهنا»[3]. فهذا الحديث محمول على ما إذا تضمن العقد شرطٌ يُفسد المزارعة. ولذلك ترجم له البخاري بقول: «باب ما يُكره من الشروط في المزارعة»[4].

قال في الفتح: «وأشار بهذه الترجمة إلى حمل النهي في حديث رافع على ما إذا تضمن العقدَ شرطٌ فيه جهالة أو يؤدي إلى غرر»[5] اهـ.

وأما حديث أبي هريرة: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن أبى فليمسك أرضه» أخرجه البخاري مرفوعاً. ونحوه في صحيح مسلم من حديث جابر بلفظ: «من كانت له فضل أرض...»[6] فإن هذا الحديث محمول على الندب.

---

(١) المغني ٥/٤١٦.
(٢) إحكام الأحكام ٣/٢١٩.
(٣) صحيح البخاري ٢/٨٢٠.
(٤) صحيح البخاري ٢/٨٢١.
(٥) فتح الباري ٥/١٢.
(٦) صحيح البخاري ٢/٨٢٥ وصحيح مسلم ٣/١١٧٦.

بابٌ في الْوَكَالةِ

الوَكَالَةُ: نِيابَةٌ في حَقٍّ بِمَا يَدُلُّ عُرْفاً كَعَقْدٍ في قَضَاءِ دَيْنٍ وَاسْتِيفَاء حَقٍّ وخُصُومَةٍ وحَج تَطَوُّع، لَا في يَمينٍ وَمَعْصِيةٍ وَلَا كَصَلَاةٍ.

* * *

الوَكالة (بفتح الواو وكسرها) بمعنى الإنابة والتفويض والحفظ، قال الجوهري: «والوكيل معروف، يقال: وكلته بأمر كذا توكيلاً، والاسمُ الوَكالة والوِكالة، والتوكل: إظهار العجز والاعتماد على غيرك، والاسم: التُّكلان».

أما تعريفها شرعاً فكما ذكر المصنف: «نيابة في حق» أي من الحقوق المالية وغيرها كما سيأتي إن شاء الله. وعرفها ابن عرفة بقوله: «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته»[1].

قال الرصاع: «قوله: «ذي حق» أخرج به من لا حق له، فإنه لا نيابة له. وقوله: «غير ذي إمرة» أخرج به الولاية العامة والخاصة[2]. كولاية الأمير والقاضي وصاحب الشرطة، فهذه لا تسمى وكالة عرفاً.

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٢٧.

(٢) المرجع السابق ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

وأركان الوكالة أربعة: مُوكِّل ووكيل وموكَّل فيه وصيغة. فالموكِّل والوكيل تضمنهما قول المصنف: «نيابة» لأنها تستلزم مُنيباً، وهو الموكِّل ومُناباً وهو الوكيل، وقوله: «في حق» يستلزم الموكَّلَ فيه. أما الركن الرابع وهو الصيغة فقد أشار له بقوله: «بما يدل عرفاً».

أي ما يدل على الوكالة عرفاً، بلفظ أو إشارة أو كتابة، وقال بعضهم أو عادة كتصرف الزوج لزوجته في مالها وهي عالمة ساكتة[1]. والمعتبر في ذلك كله العرف. لا تنعقد الوكالة بمجرد: وكلتك أو أنت وكيلي إلا أن يفوض كأن يقول وكلتك وكالة مفوضة أو في جميع أموري وفي كل شيء، أو ينص له على نوع خاص كأنت وكيلي في النكاح أو البيع ونحو ذلك، فتكون وكالة خاصة فيما عين له[2].

وشرط الموكِّل أن يكون مالكاً للتصرف فيما يوكل فيه، فلا تصح وكالة من مجنون ولا من صبي ولا محجور إلا بإذن الولي.

وشرط الوكيل أن يكون غير ممنوع شرعاً من التصرف فلا يجوز توكيل مجنون ولا صبي غير مميز ولا امرأة في تولي عقد نكاح.

وشرط الموكَّلِ فيه أن يكون قابلاً للنيابة كما في الأمثلة التي ذكر المصنف بقوله: «كعقد في قضاء دين...» إلخ أي كالتوكيل في قضاء دين على الموكِّل أو استيفاء دين له على غيره، أو التوكيل على خصومة وإن كره خصمه، إلا إذا كان الوكيل عدواً لخصمه، أو زاد على واحد فلا بد من رضا خصمه بذلك، وله التوكيل في نكاح وخلع وطلاق وبيع وشراء وغير ذلك من أنواع المعاملات[3] وتصح الوكالة في إقامة الحدود وغيرها من العقوبات. كما تصح في حج تطوع مع الكراهة لا في حج فرض فتمنع من صحيح[4].

(١) الشرح الصغير ٣/٥٠١ ـ ٥٠٦.
(٢) المرجع السابق.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٦/٧٢ ـ ٧٣.
(٤) مختصر خليل ص ٧٥.

أما ما لا يقبل النيابة من الحقوق فلا تصح الوكالة فيه، وقد أشار له المصنف بقوله: «لا في يمين ومعصية ولا كصلاة» فلا تصح الوكالة في حلف يمين، لأن الصدق فيها يتعلق بالموكل لا بغيره ، ويشمل الموكل الوصي ونحوه ممن يتولى المعاملة. ولا في معصية كسرقة وغصب وظهار، لأنه منكر من القول وزور.

ولا تجوز في العبادة البدنية الصرفة كالصلاة والصيام. أما العبادة المالية الصرفة فتجوز فيها كالزكاة والهبة والوقف. وأما العبادة التي تجمع بين البدن والمال كالحج فاختلف فيها[1]. فمذهبنا أن الوكالة تصح في حج التطوع مع الكراهة، ولا تصح في حج الصرورة[2] كما تقدم.

لأن الصحيح لا يصح أن يوكل في أداء الحج عنه عند جميع الأئمة، وأما المريض والعاجز فلا يجب عليهما عندنا لعدم الاستطاعة التي لا يجب الحج إلا بها لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[3].

وتجوز الوكالة وتصح عند الأئمة الثلاثة، ويتفقون مع مالك فيما تقدم، إلا في مسائل منها: أن حج الفرض تجوز الوكالة فيه عند جميعهم إذا كان المحجوج عنه عاجزاً عن أداء الحج.

وعند أبي حنيفة: لا تصح الوكالة في إقامة الحدود والقصاص مع غيبة الموكل عن المجلس، لاحتمال العفو في القصاص، ودرء الحد بالشبهة. ولا تجوز عنده الوكالة على الخصام بغير رضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام، ولا تجوز عنده وكالة المرأة إلا أن تكون بَرْزَةً. والبـرزة: هي المرأة الجليلة التي تبرز وتجلس إلى الناس، قاله في الصحاح.

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٥٠٣ ـ ٥٠٤.

(٢) أي حجة الفرض.

(٣) آل عمران: ٩٧.

أما الشافعي وأحمد: فتجوز عندهما وكالة المرأة إلا في عقد النكاح كما تقدم عن مالك، إلا أن الشافعي وأحمد لا يجوز عندهما أن توكِّل على عقد النكاح(١).

أما مالك: فيجوز عنده أن توكل على عقد النكاح إذا كانت مالكة أو وصية أو معتقة. قال خليل: «ووكلت مالكة ووصية ومعتقة وإن أجنبياً»(٢).

والأصل في صحة الوكالة قوله تعالى: ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾(٣).

قال ابن العربي: «هذا يدل على صحة الوكالة، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره، أو يترفه، فيستنيب من يريحه»(٤) ففي الآية دليل واضح على صحة الوكالة في المعاملات.

أما الوكالة في العبادات المالية الصرفة فالأصل في صحتها قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾(٥) ففي الآية دليل على جواز الوكالة على أخذ الصدقات الواجبة وفيها أيضاً دليل على جواز أخْذ الأجرة على الوكالة.

وفي الصحيحين «عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعث رسول الله ﷺ عمر على الصدقة»(٦).

---

(١) الهداية ٣/١٣٦ ـ ١٣٧ وبداية المجتهد ٢/٢٢٦ ومغني المحتاج ٢/٢١٨ والمغني ٥/٨٨ و ٦/٤٦٧.

(٢) مختصر خليل ص ١١٤.

(٣) الكهف: ١٩.

(٤) أحكام القرآن ٣/١٢٢٨.

(٥) التوبة: ٦٠.

(٦) بلوغ المرام ص ١٨١ ـ ١٨٢.

وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقال: «إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً». أخرجه أبو داود وصححه كما في بلوغ المرام. وفي مختصر سنن أبي داود بزيادة: «فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» قال: «في إسناده محمد بن إسحاق بن يسار»[1] قال في سبل السلام: «وفي الحديث دليل على شرعية الوكالة والإجماع على ذلك»[2].

أما الوكالة على إقامة الحدود فالأصل في صحتها ما أخرجه مالك والشيخان من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «واغْدُ يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[3]. وفي الحديث أيضاً دليل على جواز توكيل الحاضر الصحيح. وقد ترجم البخاري لذلك عند حديث أبي هريرة المتقدم في كتاب البيوع في أن النبي ﷺ جاءه رجل يتقاضاه في جمل فقال: «اعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا له إلا سناً فوقها فقال: اعطوه. فقال أوفيتني أوفى الله بك»[4].

قال البخاري عند هذا الحديث: «باب وكالة الشاهد والغائب جائزة»[5]. قال في الفتح: «وكالة الشاهد، أي الحاضر جائزة» قال: «وقد اتفق الصحابة على جواز توكيل الحاضر بغير شرط»[6] اهـ.

أما الوكالة على الخصام فالأصل في جوازها ما أخرجه البيهقي: «عن عبد الله بن جعفر قال: كان علي يكره الخصومة وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكلني» وعن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة، فقال: إن للخصومة قحماً. قال أبو

---

(١) المرجع السابق ومختصر سنن أبي داود ٢٣٨/٥.
(٢) سبل السلام ٨٩٤/٣.
(٣) الموطأ ٨٢٢/٢ وبلوغ المرام ص ٢٥٦.
(٤) صحيح البخاري ٨٠٩/٢ وصحيح مسلم ١٢٢٤/٣
(٥) صحيح البخاري ٨٠٩/٢.
(٦)فتح الباري ٣٩٣/٤.

عبيد قال أبو الزناد: القحم: المهالك». وترجم له البيهقي بقوله: «باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة»(١).

* * *

وتجوزُ في كالإْمَامَةِ إن لَم يَشْتَرط الْوَاقِفُ عَدَمَ نِيَابَـةٍ فَالْمعْلُومُ عَلَى مَا دَخَلاَ عَليْهِ.

* * *

يعني أن الوكالة على الإمامة ونحوها جائزة، فلإمام المسجد أن يوكل غيره ليؤم الناس في مكانه سواء كان ذلك في الصلوات الخمس أو في صلاة الجمعة خاصة، كما أن للمؤذن أن يوكل من يؤذن في محله وكذلك معلم القرآن له أن يستنيب من يعلم مكانه.

ومحل جواز ذلك إذا لم يشترط الواقف ـ أو من له الأمر في التولية ـ عدم النيابة، فإن شرط عدمها وحصلت نيابة لم يكن (المعْلومُ) أي المرتب للإمام الأصلي لأنه ترك عمله، ولا لنائبه لعدم تقرره في الوظيفة.

أما إذا لم يشترط الواقف عدم النيابة فإن المرتب يكون لصاحب الوظيفة المقرر فيها، ثم يعطي لنائبه ما تراضيا عليه قليلاً كان أو كثيراً، كما أن للنائب أن يرضى بالنيابة مجاناً.

وهل للإمام ونحوه أن يستنيب غيره في حال العذر وغيره أم لا يستنيب إلا لعذر؟ وهل له الحق في المرتب إن استناب لغير عذر؟ قال القرافي: لا حق له فيه، وقال المنوفي: له الحق فيه(٢).

---

(١) السنن الكبرى ٦/٨١.

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٥٠٤ ـ ٥٠٥.

قال في المعيار نقلاً عن القرافي: «وإذا وقف الواقف على من يقوم بوظيفة الإمامة والأذان والخطابة والتدريس فلا يجوز لأحد أن يتناول من ريع ذلك الوقف شيئاً، إلا إذا قام بذلك الشرط على مقتضى ما شرط الواقف، فإن استناب غيره عنه في هذه الحالة دائماً في غير أوقات الأعذار لا يستحق واحد منهما شيئاً من ريع ذلك الوقف» قال: «فإن استناب في أيام الأعذار جاز له تناول ريع الوقف، وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الريع»[1] اهـ.

واختار علي الأجهوري: أن يكون المرتب للأصلي وإن استناب اختياراً، قاله البناني، قال: «واختاره الشيخ المسناوي رحمه الله في تأليفه في المسألة حيث تكون الاستنابة على مجرى العادة وموافقة العرف؛ من غير خروج في ذلك إلى حد الإفراط والزيادة على المعتاد في البلد بين الناس، من كونها دائماً أو غالباً أو كثيراً لغير سبب يعذر به عادة»[2] اهـ.

قلت: وإذا كان العمل لا يقبل النيابة أو لا تسمح السلطة فيه بالنيابة، كما هو الواقع في أكثر الوظائف الحكومية ـ فإن تخلف الموظف عنه بلا عذر شرعي يعتبر ممنوعاً، وعندئذ لا يحل للموظف أخذ مرتب ما غاب فيه. لأن الأجرة لا تستحق إلا بالعمل فعلى الموظف أن يحاسب نفسه قبل أن يحاسب في الدنيا والآخرة.

* * *

وَعَلَيْه فِعْلُ المَصْلَحَة، كَشِرَاءِ لَائِقٍ بِثَمنِ المِثْلِ، والعَملُ بِما عُيِّنَ مِن ثَمَنٍ ومُثْمَنٍ وسوقٍ، فإن خالفَ ضَمِنَ.

* * *

(١) المعيار ١/٢٧٩.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦/٧٦.

يعني أن الوكيل يتعين عليه أن يعمل ما فيه المصلحة لموكله، فيشتري له شراء لائقاً به، ويبيع ويشتري بثمن المثل، أي ثمن السلعة المبيعة أو المشتراة فلا يبيعها بأقل من ثمن مثلها، ولا يشتريها بأكثر منه، وإلا فللموكل الخيار.

ومحل هذا إذا كان التوكيل على البيع والشراء مطلقاً. أما إذا عُيِّن الثمن والمثمن للوكيل فعليه العمل بما عُيِّن له. وإلا فللموكل الخيار في الرد والإمضاء، كما أن له الخيار إذا عين للوكيل نوع السلعة المطلوبة وخالفه، كأن يأمره بشراء جمل فيتشري فرساً، وكذلك إذا عين له سوقاً يبيع ـ أو يشتري ـ منها، أو عين له زمن البيع أو الشراء فيخالف في ذلك فللموكِّل الخيار[1].

ويُخير المُوَكِّلُ أيضاً إذا خالف الوكيل بأن باع بأقل من الثمن الذي سمي لهُ أو اشتَرى بأكثر منه. فإن اختار الرد فالضمان من الوكيل إلا إذا كانت المخالفة في الشيء اليسير، كدرهم من عشرين وثلاثة من ستين فيغتفر ذلك ويلزم الموكل القبول[2].

وبه قال الشافعي وأحمد، أما أبو حنيفة ففرق بين البيع والشراء فيجوز عنده ـ في إطلاق الوكالة في البيع والشراء ـ أن يبيع الوكيل بالقليل والكثير، ولا يجوز عنده أن يشتري إلا بمثل القيمة أو زيادة يسيرة يتغابن الناس في مثلها[3].

وإذا كانت مخالفة الوكيل في صالح الموكِّل لزمه قبولها. كأن يأمره بشراء شاة بدينار فيشتريها بنصفه أو يأمره ببيعها بدينار فيبيعها بدينارين، قال خليل: «لا إن زاد في بيع أو نقص في اشتراء»[4].

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٠٨ ـ ٥١٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) اللباب ٢/١٤٧ ومغني المحتاج ٢/٢٢٣ ـ ٢٢٤ والمغني ٥/١٣٤ ـ ١٣٥.

(٤) مختصر خليل ص ٢١٧.

والأصل في ذلك حديث عروة ـ يعني البارقي ـ قال: «أعطاه رسول الله ﷺ ديناراً يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه». أخرجه أبو داود وسكت عنه وأخرجه الترمذي وابن ماجه(1).

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: «يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عهدة شاة واحدة» قاله في المغني. واستدل للجمهور بحديث عروة الآنف الذكر(2).

* * *

وَمُنِعَ تَوْكِيلُ كَافِرٍ في عَقْدٍ أو تَقَاضٍ من مُسْلمٍ، وَشِرَاءُ الْوَكِيلِ مَا وُكِلَ عَلَى بيْعِه إلاَّ بعْدَ إعْذَارِه وتَنَاهِي الرَّغَبَاتِ. ولا يُوكَلُ إلاَّ بِإذْنٍ أَوْ فيمَا لا يَلِيقُ بِهِ أو يَكْثُرُ.

* * *

يعني أنه يحرم على المسلم أن يوكل أي كافر في بيع أو شراء أو تقاض للدين من مسلم، لما في ذلك من تعريض المسلم لأذية الكافر وإهانته، والله عز وجل يقول: ﴿ولَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾(3) فيمنع ذلك ولو رضي من يتقاضى منه، لحق الله تعالى، ولأنه لا يميز بين الحلال والحرام(4).

---

(1) مختصر سنن أبي داود ٥/٤٨ ـ ٤٩.
(2) المغني ٥/١٣٩.
(3) النساء: ١٤١.
(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٨٦ ـ ٣٨٧.

ويمنع توكيل عدو على عدوه، مسلماً كان أو كافراً إلا إذا رضي الموكل عليه فيجوز كما تقدم.

ويحرم على الوكيل أن يشتري لنفسه ما وكل على بيعه، ولو اشتراه بنفس الثمن الذي سمى له الوكيل، لاحتمال أن تكون الرغبة فيه أكثر، إلا إذا أذن له الموكل في ذلك ولو حكماً كأن يشتريه لنفسه بحضرة الموكل، وإلا أن يطاف به في الأسواق وتتناهى الرغبات فيه.

فإن اشتراه الوكيل بعد الإذن له في ذلك، أو بعد تناهي الرغبات جاز شراؤه حينئذ. وكذلك الشأن في بيعه لمحجوره، فلا يبيع سلعة وكّل على بيعها لمن هو في حجره من صغير وسفيه ومجنون، لأنه من قبل بيعه لنفسه فلا يجوز له ذلك إلا في الحالة التي يجوز فيها ذلك لنفسه[1].

وإن اشترى الوكيل سلعة وأقر أنه اشتراها من مال الموكل وادعى أنه اشتراها لنفسه، لم تقبل دعواه وقضى بها للموكل، لأن الوكيل مأذون له بالتصرف، وكل من أذن له في التصرف كالوَكيل أو المقارض إذا ادعى الشراء لنفسه. لا يمكن من أخذ الشي المشترى، وإن قال الوكيل: اشتريته بمالي لنفسي وكان له مال من غير مال موكله صدق[2].

ولا يجوز للوكيل أن يوكل في شيء وكّل عليه إلا بإذن موكله، لأن الموكل قد لا يرضى إلا بأمانته هو. إلا إذا وكـل فيما لا يليق به مباشرته، كتوكيل وجيه جليل القدر على حقير كبيع دابة في سوق، فله أن يوكل على بيعها حيث علم الموكل بوجاهته أو اشتهر بذلك، لعلم الموكل مسبقاً أنه لا يباشر بيعها فكأنه أذن له في التوكيل.

كما أنه يجوز له التوكيل إذا كثر ما وكل على بيعه، وشق عليه بيعه

---

(١) المرجع السابق.

(٢) البهجة شرح التحفة ٢/٩٣.

بمفرده، فيوكل من يشاركه في البيع، وليس له توكيله فيه استقلالاً، بخلاف الأولى، فله فيها ذلك. قاله عق[1].

وبه قال الشافعي وأحمد[2]. ونحوه لأبي حنيفة، قال في الهداية: «وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به... إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضى، أو يقول له: اعمل برأيك»[3].

* * *

ومن وُكِّلَ على إقْباضٍ ولم يُشهِد ضمِنَ كإنكاره قبضَ مَا وُكِّل عليه فثَبَتَ ثم شهِدَتْ له بينةٌ بتَلَفِه كالغريم، أي إذا أَنكر الـدَّينَ ثُمَّ شهِدَتْ له بَيِّنَةٌ بالقَضَاء فإنَّها لاَ تَنفَعُ. وهَو مُصدقٌ في دَعْوى التَلفِ والدَّفعِ. وإنْ خَالفْتَه في الإذنِ بالصرف فلكَ.

* * *

يعني أن الوكيل إذا وُكِّلَ على إقباض دين أي تسليمه لربه وسلمه له، أو سلم مبيعاً وُكل على بيعه ولم يُشهد على الإقباض،وأنكره القابض أو مات فإنه يضمن إذا لم تقم بينة عليه.

كما يضمن الوكيل إذا وكل على قبض دين وقبضه وأنكر القبض فقامت بينة على قبضه له، ثم شهدت له بينة بتلفه بعد قبضه بدون تفريط، منه فلا تنفعه، لأنه أكذبها مسبقاً، مثله في ذلك مثل الغريم ينكر الدين أصلاً فتقوم

(١) شرح الزرقاني لخليل ٦/٨٤.
(٢) مغني المحتاج ٢/٢٢٦ والمغني ٥/٩٧ - ٩٨.
(٣) الهداية ٣/١٤٨.

عليه بينة بثبوته. ثم تشهد له بينة أنه قضاه لصاحبه، فلا تنفعه هذه البينة، لأن إنكاره لأصل الدين مُكذِّب لبينة القضاء[1].

وإذا ادعى الوكيل تلف ما وُكل عليه بدون تفريط، أو ادعى أنه دفعه لموكله، فإنه يُصَدَّق بيمين في الحالتين، لأنه أمين[2].

وقوله: «وإن خالفتَه في الإذن بالصرف فلك...» يعني أنك أيها الموكل إذا خالفت وكيلك في نوع ما تباع به السلعة التي وكلته ببيعها كأن تقول: إنك وكلته على بيعها بالنقد، ويدعي الوكيل أنك أذنت له في غير ذلك. فإن القول لك ـ أيها الموكل بيمين، فإن لم تحلف فالقول له بيمين.

والقول للوكيل ـ في قدر الثمن إذا كان ما اشترى به مناسباً لقدره، فإذا ادعى أن الموكل أمره بشراء شاة وادعى الموكل أنه أمره بشراء بعير، وكان الثمن يتناسب مع ثمن الشاة، فالقول للوكيل بيمين، لأن دعواه مشبهة، فإن لم تشبه دعواه، أو أشبهت ولم يحلف حلف الموكل وغرم له الوكيل الثمن[3].

ومفاد ما ذكر ابن قدامة عن أحمد والشافعي وأبي حنيفة أن القول للموكِّل مطلقاً، قال في المغني: «الحال السادس أن يختلفا في صفة الوكالة فيقول: وكلتك في بيع هذا العبد، قال: بل وكلتني في بيع هذه الجارية، أو قال: وكلتك في البيع بألفين، قال: بل بألف، أو قال: وكلتك في بيعه نقداً قال: بل نسيئة أو قال: وكلتك في شراء عبد، قال: بل في شراء أمة، أو قال: وكلتك في الشراء بخمسة، قال: بل بعشرة فقال القاضي: القول قول الموكل. وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر»[4] اهـ.

(١) الشرح الصغير ٣/٥١٨ ـ ٥١٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) منح الجليل ٣/٣٨٦ ـ ٣٨٧.
(٤) المغني ٥/١٠٨.

تنبيــه: للموكل أن يوكل أكثر من واحد إلا في الخصام فليس له ذلك إلا برضا خصمه كما تقدم.

وإذا وكل اثنين مرتبين أي وكلهما واحداً بعد واحد، فلأحدهمـا الاستبداد فيما يفعله دون الآخر، إلا بشرط من الموكل بعدم الاستبداد فليس لأحدهما الاستبداد، كما إذا وُكِّلا في آن واحد فلا استبداد لأحدهما دون الآخر إلا إذا جعل لهما ذلك.

وفيما إذا كان لهما الاستبداد وباع كل منهما السلعة التي وُكِّلا على بيعها فإن البائع الأوَّل هو الذي يمضي بيعه إذا عُلم[1].

ومثل ذلك بيع الموكل والوكيل للسلعة الموكَّل على بيعها فإن البيعة الأولى من بيعهما هي التي تمضي، مالم يقبض الثاني الثمن غير عالم ببيع الأول ولا عالم به المشتري فيمضي بيعه. أما إن علماه معاً أو علمه أحدهما فلا يمضي إلا البيع الأول.

فإن جهل السابق منهما بالبيع فالمبيع لمن قبضه من المشتريَيْن، فإن لم يقبضه أحدهما فبينهما إن رضيا بالاشتراك فيه وإلا أُقرِع بينهما[2].

* * *

وينعزلُ بموتِ المُوكِّل أو بعَزْله له، فتصَرُّفُه بعْدَ العِلْمِ غيرُ ماضٍ والله أعلمُ.

* * *

يعني أن الوكيل ـ مفوضاً كان أو غير مفوض ـ ينعزل بموت موكله أو

(١) الشرح الصغير ٣/٥٢٠ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٩٢ ـ ٣٩٣.
(٢) المرجعان السابقان.

عزله له، فإن علم بموت الموكل أو عزله له، وتصرف فإن تصرفه غير ماض، ولا خلاف في هذا عند جميع الأئمة[1].

أما إذا تصرف قبل العلم بالموت أو العزل، فالمشهور أن تصرفه ماض وبه قال أبو حنيفة[2].

وقيل: إن تصرفه غير ماض وهو قول ابن القاسم، واختاره ابن عبد البر، وبه قال الشافعي وأحمد في الأصح عنهما[3]. وحكى ابن المنذر الإجماع على فسخ وكالة الوكيل بموت موكله. فقال: «وأجمعوا على أن الموكل إذا مات أن وكالته تنفسخ بموته»[4].

وينعزل الوكيل أيضاً بعزله لنفسه إلا إذا كان موكلاً على خصام وحضر مع خصمه ثلاث جلسات فأكثر عند القاضي ولو في يوم واحد، كما أن الموكل لا يجوز له عزله في هذه الحالة، إلا لعذر من الوكيل أو الموكل، كمرض أو سفر. ومن العذر ما لو حلف أن لا يخاصمه لكونه شاتمه ونحو ذلك لا إن حلف لغير موجب. قاله الدردير[5].

وقال خليل: «لا إن قاعد خصمه كثلاث إلا لعذر وحلف في كسفر وليس له حينئذٍ عزله ولا له عزل نفسه»[6].

أي ليس للموكل بعد أن قاعد الوكيلُ الخصمَ ثلاثاً ـ عزل الوكيل عن الوكالة إلا لموجب كظهور تفريط أو ميل مع الخصم أو مرض أو سفر ونحو ذلك ولا له، أي الوكيل حينئذ عزل نفسه إلا لعذر. قاله الدردير، قال:

(١) الشرح الصغير ٣/٥٢٣ والهداية ٣/١٥٣ ـ ١٥٤ والروض المربع ٢/٢٠٦ ورحمة الأمة ص ٢٠٧.
(٢) الشرح الصغير ٣/٥٢٣ والهداية ٣/١٥٣.
(٣) الكافي ٢/٧٨٨ والروض المربع ٢/٢٠٦ ومغني المحتاج ٢/٢٣٢.
(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٨.
(٥) الشرح الكبير ٣/٣٧٨.
(٦) مختصر خليل ص ٢١٦.

«ومفهوم حينئذ أن للوكيل عزل نفسه قبل ذلك، وكذلك للموكل عزله قبل ذلك»[1] اهـ.

وفي ذلك يقول ابن عاصم في التحفة:

«وما لمن حضر للجدالِ ثلاث مرات من انعزال
إلا لعذر مرض أو لسفرْ ومثله موكل ذاك حضرْ»[2]

وإذا عزل الموكل وكيله في الخصام وأراد خصمه أن يوكله فله ذلك، وإن أبى الموكل الأول بسبب ما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فلا يقبل منه ذلك، نقله ابن فرحون في تبصرته عن الاستغناء غير أنه قال في شرحه لابن الحاجب «وينبغي أن لا يمكن من الوكالة، لأنه صار كعدوه، ولا يوكل عدو على عدوه» نقله الحطاب[3].

والقول الأول اقتصر عليه ابن عاصم في التحفة فقال:

«ومن له موكِّلٌ وعزَلَهْ لخصمه إن شاء أن يوكِّلَهْ»[4]

قلت: ويترجح القول بعدم السماح للخصم بتوكيل وكيل خصمه المعزول إذا كان الوكيل مؤجراً، لأنه حينئذ أصبح عدواً لمن عزله، لتفويته لما كان لديه من منفعة. والله أعلم.

تنبيه: تجوز الأجرة على الوكالة، وتقدم أن الوكالة على الخصام جائزة. وبذلك تكون الوكالة المعروفة بـ (المحاماة) جائزة قال ابن جزي: «تجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة، فإن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجارات، وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل»[5] اهـ.

---

(١) الشرح الكبير ٣/٣٧٩.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٦٧.
(٣) مواهب الجليل ٥/١٨٥.
(٤) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٦٧.
(٥) القوانين الفقهية ص ٣٢٣.

قلت: فعلى أنها إجارة لا بد أن تكون أجرة المحامي معلومة ونافذة على كل حال سواء استخلص المحامي الحق أم لا. قال في الكافي: «ولا يجوز أن يستأجر خصماً على أنه إن أدرك حقه كان له ما جعل له، وإن لم يدركه فلا شيء له عليه، بل يجعل له جعلاً معلوماً على كل حال، وإلا فيكون له أجر مثله»[1] اهـ.

وعلى أن الوكالة على الخصام جعل جاز أن يوكله على أنه إن استخلص له حقه فله كذا، وإن لم يستخلصه فلا شيء له. قال ابن فرحون: «واختلف في الجعل على الخصومة على أنه إن فَلَجَ فله كذا، وإلا فلا شيء له، على قولين، ومن أجازه شبهه بمجاعلة الطبيب على البرء، وفي التهذيب: وكره مالك الجعل على الخصومة على أنه لا يأخذ إلا بإدراك الحق، قال ابن القاسم: فإن عمل على ذلك فله أجر مثله، وروي عن مالك أنه جائز.

وإنما كره مالك رحمه الله ذلك، لأنها على الشر والمجادلة، ولأنها قد تطول ولا ينجز منها غرض الجاعل فيذهب عمله مجاناً، والرواية بإجازة ذلك، لما بالناس من الضرورة إلى ذلك. وفي الطرر قال الشعباني: لا خير في الوكالة على الخصومة إذا كانت بالأجرة حتى تنقطع، لأنها قد تطول وتقصر اهـ[2].

ومعنى: فلج: ظفر وفاز، قال في الصحاح: «والفلجُ أيضاً: الظفر والفوز، وقد فَلَج الرجل على خصمه يفلج فلْجاً، وفي المثل: من يأت الحَكم وحده يفلج» وأفلجه الله عليه والاسم الفُلْج بالضم، وأفلج الله حجته قومها»[3].

---

(١) الكافي ٢/٧٨٧.

(٢) تبصرة الحكام ١/١٥٨ - ١٥٩، هامش فتح العلي المالك لعليش.

(٣) صحاح الجوهري مادة (فلج).

هذا وعلى الوكيل على الخصام: «المحامي» أن لا يقبل الوكالة والأجرة عليها إلا ممن يرى أن الحق معه، وعلى السلطة القضائية أن تتخذ الحيطة في قبول مهنة المحامي لئلا يتقلدها من ليس كفؤاً لها.

فالمحامي الذي لا يتحرى الحق من الباطل فيستجيب للوكالة دون أن يعلم ما إذا كان الحق مع الموكل - يجب أن لا يمكن من المحاماة، لأن الموكل إذا وكل على باطل كان خائناً، والله عز وجل يقول: ﴿ولا تكن للخائنين خصيماً﴾(١) وأخرج البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إن أبغض الرجال إلى الله الألدُّ الخصِم»(٢).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعان على خصومة بظلم لم يزل في سخط الله حتى ينزع». أخرجه ابن ماجه والحاكم وصححه، وأقره الذهبي، وقال الهيثمي: «رجاله رجال الصحيح»(٣).

---

(١) النساء: ١٠٥.

(٢) صحيح البخاري ٨٦٧/٢ وصحيح مسلم ٢٠٥٤/٤.

(٣) فيض القدير للمناوي ٧٢/٦.

بابٌ في الإقرار

يُؤاخَذُ غيرُ مَحْجُورٍ علَيْه بإقْرارِه في الصِّحَّةِ مُطْلقاً، كرقيقٍ بغَيْرِ مَالٍ.

* * *

الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقاً على قائله، سواء كان ذلك يتضمن مالاً أو عقوبة كحد وقصاص.

يؤاخذ المكلف غير المحجور- بإقراره في الصحة مطلقاً، لمن كان أهلاً للإقرار له حالاً أو مآلاً كمسجد وجنين، هذا إذا أقر طائعاً، غير مكره ولم يكذبه المقَر له فإن كذبه - بأن قال: ليس لي عليك شيء - لم يؤاخذ بذلك الإقرار، كما أنه لا يواخذ بإقراره لمن ليس أهلاً للإقرار له كالحيوان.

ويؤاخذ الرقيق بإقراره بغير مالٍ كجريمة تستوجب حداً، كالسرقة فيما يتعلق بالحد لا المال، وكإقراره بجناية تستوجب قصاصاً[1].

والأصل في مؤاخذة المكلف بإقراره قوله تعالى: ﴿ بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ وَلَوْ أَلْقَى مَعَاذِيرَه ﴾[2].

قال ابن العربي: «فيها دليل على قبول إقرار المرء على نفسه،

(١) الشرح الصغير ٣/٥٢٥ ـ ٥٢٧.

(٢) القيامة: ١٤ ـ ١٥.

لأنها شهادة منه عليها. قال الله سبحانه: ﴿ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾(١) ولا خلاف فيه، لأنه إخبار على وجه تنتفي التهمة عنه، لأن العاقل لا يكذب على نفسه»(٢) اهـ.

وقال تعالى: ﴿ يأيُّها الذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَآءَ للهِ وَلَوْ عَلَىٰ أنفُسِكُمْ ﴾(٣) قال ابن عطية: «وشهادة المرء على نفسه: إقراره بالحقائق وقوله الحق في كل أمر، وقيامه بالقسط عليها كذلك»(٤) اهـ.

وعن أبي ذر رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: «قل الحق ولو كان مراً». صححه ابن حبان من حديث طويل(٥). قال في سبل السلام: «وفيه دلالة على اعتبار إقرار الإنسان على نفسه في جميع الأمور، وهو أمر عام لجميع الأحكام» قال «لأن قول الحق قدْ يصعب إجراؤه على النفس، كما يصعب عليها إساغة المر لمرارته»(٦) اهـ.

وفي الموطإ والصحيحين من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «واغدُ يا أُنَيْسُ على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها». ورواية مالك: «وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها»(٧).

ولا خلاف عند جميع الأئمة أن المكلف غير المحجور مؤاخذ بإقراره طائعاً في صحته، وكذلك العبد فيما يوجب حَدّاً أو قصاصاً، إلا أن أحمد قال: لا يقبل إقراره بالقصاص إذا أتى على النفس(٨).

---

(١) النور: ٢٤.
(٢) أحكام القرآن ١٨٩٠/٤.
(٣) النساء: ١٣٥.
(٤) المحرر الوجيز ٢٥٥/٤.
(٥) بلوغ المرام ص ١٨٢.
(٦) سبل السلام ٨٩٧/٣.
(٧) الموطأ ٨٢٢/٢. وصحيح البخاري ٢٥٠٣/٦ وصحيح مسلم ١٣٢٥/٣.
(٨) الهداية ١٨٠/٣ ومغني المحتاج ٢٣٨/٢ - ٢٤١ والمغني ١٤٩/٥ - ١٥١.

أما غير المكلف من صبي ومجنون فالأصل في عدم اعتبار إقراره حديث: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المعتوه حتى يُفيق وعن النائم حتى يستيقظ» وتقدم تخريجه.

* * *

وَمَريض لِمَنْ لاَ يُتَّهمُ عَلَيْهِ كَأَجْنَبِيٍّ وأبْعدَ معَ أَقْرَبَ، ولِزَوْجَةٍ جُهِلَ بُغْضُهُ لهَا وَوَرِثَهُ ابنٌ إلَّا أن تنفرِدَ بالصَّغِيرِ. وأما منْ عُلِمَ بُغْضُه لها فيَصِحُّ ولو انفرَدَتْ بِالصَّغِيرِ.

* * *

يعني أن المريض يؤاخذ بإقراره في مرضه المخوف ـ لمن لا يتهم على محاباته كأجنبي غير صديق، سواء كان له ولد أم لا، كما يؤاخذ بإقراره لصديق ملاطف وقريب لم يرثه كخال وعمة ـ إن ورثه ابن. وكذلك إذا أقر لقريب وارث مع وجود أقرب منه كإقراره لعمه مع وجود أبيه أو ابنه، فيقبل إقراره له لنفي التهمة[1].

ويؤاخذ المريض بإقراره لزوجة جهل بغضه لها؛ فلم يُعلم، وورثه ابن أو بنون منها أو من غيرها فيصح إقراره لها، إلا أن تنفرد بالصغير من أولاده ذكراً كان أو أنثى فلا يقبل حينئذ إقراره لها لقوة التهمة.

وأما الزوجة التي عُلم بغضه لها فيقبل إقراره لها وإن لم يرثه ولد، ولو انفردت بالصغير على المعتمد، ومثله زوجة مريضة أقرت لمن علم بغضها له، وفي قبول إقراره لولده العاق مع وجود ولد بار قولان[2]. أما إقراره لبار مع وجود عاق فلا يقبل اتفاقاً.

(١) الشرح الصغير ٣/٥٢٧ ـ ٥٢٨.

(٢) المرجع السابق.

واقتصر ابن عاصم في التحفة على القول بقبول الإقرار للعاق مع وجود البار فقال:

«فــذو عقــوقٍ وانحِــرافٍ يُحْكَــمُ   لَــه بــه وذُو البــرورِ يُحْــرَم»[1]

قال التاودي: «يحكم له به» أي بصحة الإقرار، لأنه لا يتهم على أن يعطيه ويحرم البار، والولد ذو البرور يحرم من إقرار الأب له ويحكم ببطلانه للتهمة»[2] اهـ.

تنبيـه: أركان الإقرار أربعة وهي: مُقِر ومُقَر به ومقَر له وصيغة. فالْمُقِرّ هو المكلف غير المحجور، والمقر به هو المال أو العقوبة، والمقر له: هو من كان أهلاً للإقرار له. وتقدم الكلام على هذه الثلاثة.

أما الصيغة فهي أن يقول المقِر: عليَّ لفلان كذا أو عندي له أو في ذمتي له كذا، أو أخذت منه كذا، أو أعطيتني كذا أو اصبر عليَّ به، أو قال لمن يدعي عليه ديناً قضيتكـه ـ فهذا إقرار بأصل الدين وعليه البينة في القضاء. وكذلك إذا قال: نعم أو بلى أو أجل ـ جواباً لمن قال: أليس لي عندك كذا»[3]. لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق، قال تعالى: ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقّاً قَالُوا: نَعَمْ ﴾[4] وقال عز وجل: ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى ﴾[5].

لا إن وعد بالإقرار ـ بأن قال: أُقِرُّ بصيغة المضارع ـ ولم يف، فلا يثبت الإقرار بذلك، ولا يثبت بالتهكم كأن يدعي عليه أحد مائة دينار فيقول له: من أي نوع تأخذها؟ ما أبعدك منها لأن هذا ظاهر في التهكم[6].

(١) إحكام الحكام على تحفة الحكام ص ٢٩٢.
(٢) حلي المعاصـم هامش البهجة ٢/٣٢٠.
(٣) الشرح الكبير ٣/٤٠٢ ـ ٤٠٣.
(٤) الأعراف: ٤٤.
(٥) الأعراف: ١٧٢.
(٦) الشرح الصغير ٣/٥٣٠.

ولا إن علق إقراره على شرط، كقوله: له عليَّ مائة دينار إن استحلها أو له عليّ المائة إن أعارني كذا ـ فلا يلزم شيء في المسألتين. وكذلك إذا قال: له عليّ ألف إن حلف فحلف فلا يلزمه شيء، لأن له أن يقول: ظننت أنه لا يحلف باطلاً، وهذا في غير دعوى عند حاكم أو مُحكَّم وإلا لزمه. قاله الدردير بحروفه[١].

تنبيـه: إذا قال له عندي أو في ذمتي له مال ـ لزمه نصاب زكاة من مال المُقِر نفسه فإن كان من أهل الذهب لزمه نصاب من الذهب، وإن كان من أهل الفضة لزمه نصاب من الفضة وإن كان من أهل الماشية لزمه نصاب منها، وإن كان من أهل الحب لزمه نصاب منه.

ولو كان من أهل الكل لزمه أقل الأنصباء قيمة وسواء قال: له عليَّ مال فقط أو مال عظيم[٢].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ ﴾[٣] فالمراد بالأموال أموال النصاب التي تجب فيها الزكاة.

وقيل: يقبل تفسيره بأي شيء متمول، قل أو كثر، ويحلف، وبه قال الشافعي وأحمد. ولم يذكرا أنه يحلف[٤].

وقال أبو حنيفة: إذا قال: له علي مال فقط قبل منه تفسيره بالقليل والكثير إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفاً. وإذا قال: له علي مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم[٥]. لأنها أقل نصاب من الفضة.

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٣٠ ـ ٥٣١.
(٢) المرجع السابق وحاشية الصاوي عليه ٣/٥٣٥.
(٣) التوبة: ١٠٣.
(٤) مغني المحتاج ٢/٢٤٧ ـ ٢٤٨ والمغني ٥/١٨٨ ومنح الجليل ٣/٤١٢.
(٥) الهداية ٣/١٨٠.

ولا خلاف عند الجميع أنه إن قال: له علي شيء أنه يقبل تفسيره بشيء متمول قل أو كثر، وعند مالك: يسجن للتفسير إن امتنع منه(1).

وإذا قال: له علي دراهم أو بضع لزمه ثلاثة، وإذا قال: له علي دراهم كثيرة، أو لا قليلة ولا كثيرة ـ لزمه أربعة.

وإذا قال: له علي درهم لزمه الدرهم المتعارف به بين أهل البلد(2). فإذا كان في الإمارات العربية المتحدة لزمه الدرهم الإماراتي وإذا كان في المغرب: لزمه الدرهم المغربي، لأن عملة كل من البلدين تسمى درهماً.

* * *

وَيَنفَعُه الاستثناءُ كهذِه الدَّارِ إلاَّ الْبَيْتَ أو الخاتم إلا الفص إن وُصِلَ.

* * *

يعني أن المقِر يُقبل منه الاستثناء بشروطه المتقدمة في بابي اليمين والطلاق، وهي: أن يكون الاستثناء متصلاً بإقراره إلا لعارض كعطاس أو سعال، وأن يُقصد الاستثناء وأن ينطق به. وهنا لا بد أن يكون النطق به جهراً ـ لأنه حق لمخلوق، وأن لا يكون مستغرقاً ولا مساوياً للمستثنى منه(3).

ومثل المصنف لذلك بقوله: لك هذه الدار إلا البيت الفلاني فإنه لي، ولك هذا الخاتم إلا فصه، ويصح أن يقول: لك الدار والبيت لي ولك

(1) المراجع السابقة.

(2) الشرح الصغير ٣/٥٣٥ ـ ٥٣٦.

(3) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٥٣٦ ـ ٥٣٧.

الخاتم والفص لي ويكون هذا من الاستثناء المعنوي. وسواء استثنى الأقل أو الأكثر، فإن ذلك كله يصح كأن يقول: لك عشرة إلا واحداً، أو لك عشرة إلا تسعة(١).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أحمد: لا يصح الاستثناء إلا في الأقل فإن استثنى الأكثر لم يصح(٢).

ويصح الاستثناء بغير جنس المستثنى منه كأن يقول: عليَّ ألف إلا شاة. ويُقال للمُقِر: اذكر قيمة الشاة التي استثنيت ثم يكون مقراً بما فضل من الألف بقدر قيمتها، وإن ذكر أن القيمة تستغرق الألف بطل استثناؤه ولزمه الألف: نقله المواق عن ابن شأس(٣).

وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يصح من غير الجنس في كل مكيل وموزون ومعدود، ولا يصح في غير ذلك.

وقال أحمد: لا يصح بغير الجنس إلا إذا استثنى ذهباً من ورق أو العكس(٤).

ودليل مالك والشافعي هو، أن الاستثناء بغير الجنس ورد في القرآن وفي كلام العرب، قال تعالى: ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً وَلَا تَأْثِيماً إِلَّا قِيلاً سَلَاماً سَلَاماً ﴾(٥) وقال النابغة الذبياني:

«وَقفتُ فِيها أصَيلاناً أسائِلُها عيَّت جواباً ومَا بالرَّبع مِن أحدِ
إلا الأوَاري لأياً ما أُبَينُها والنُّؤيَ كالحوضِ بالمظلومة الجلد»

---

(١) منح الجليل ٣/٤٢٢.
(٢) اللباب ٢/٧٨ ومغني المحتاج ٢/٢٥٧، ورحمة الأمة ص ٢١١ ـ والمغني ٥/١٧٧.
(٣) التاج والإكليل ٥/٢٣١.
(٤) مغني المحتاج ٢/٢٥٨ والمغني ٢/١٥٤ ـ ١٥٥ ورحمة الأمة ص ٢١١.
(٥) الواقعة: ٢٥ ـ ٢٦.

وقال شاعِر آخر:

«وبلدةٍ ليْسَ بها أنيسُ إلا اليعافيرُ وإلاَّ العيسُ»

* * *

وَالإقرارُ لِكَاعْتِذَارٍ لَغْوٌ، وإن أَبْرَأَ شخصاً مما له قِبلَه بريء مطلقاً حتى مِمَّا لم يعلَمْ.

* * *

يعني أن من طُلب منه إعارة شيء أو هبته أو بيعه أو قرضه فقال ـ معتذراً ـ هو لابني أو لزوجتي أو لفلان (أجنبي) لا يؤاخذ بهذا النوع من الإقرار، وأدخلت الكاف الإقرار على وجه الشكر أو الذم، كأن يقول: أقرضني فلان ألفاً فوسع عليَّ وقضَيته، جزاه الله خيراً أو يقول أقرضني فلان كذا فضايقني حتى قضيته لا جزاه الله خيراً[1].

وقوله: «وإن أبرأ شخصاً مما له قبله...» إلخ يعني أن من كان له حق على آخر وقال له: أبرأتك من كل حق لي عليك أو قال له: أبرأتك وأطلق أي لم يعين المُبْرَأ منه ـ بريء مطلقاً مما في الذمة وغيرها معلوماً كان أو مجهولاً، مالياً كان أو بدنياً كالقذف.

قال في النوادر: «ومن كتاب ابن سحنون: ومن أقر أنه لاحق له قِبَل فلان فهو جائز عليه، وفلان بريء في إجماعنا من كل قليل وكثير ديناً أو وديعة أو عاريةً أو كفالة أو غصباً أو قرضاً أو إجارة أو غير ذلك».

قال: «وإن أقر أنه لا حق له قبل فلان، ثم ادعى قبله قذفاً أو سرقة فيها قطع وأقام بينة فلا يقبل ذلك إلا أن تقول البينة إنه جعله[2] بعد البراءة، وإن

(١) الشرح الصغير ٣/٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٢) أي طرأ بعد البراءة.

أقر أنه لا حق له قبله فليس له أن يطلبه بقصاص ولا حد ولا أرش ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا أرض ولا رقيق ولا شيء من الأشياء من عروض وغيرها إلا ما يُستأنف بعد البراءة في إجماعنا». نقله الحطاب[1].

(١) مواهب الجليل للحطاب ٥/٢٣٢.

بَابٌ في الاِسْتِلحَاقِ

الاسْتِلْحَاقُ: إقرارُ مُكلَّفٍ أَنَّهُ أَبٌ لِمَجْهُولٍ نَسَبُه إنْ أَمْكَنَ عَادَةً ولا يُمَكَّنُ من نَزْعِه إنْ كانَ رِقًّا أو مَوْلًى لِمُكَذبِهِ، ولكن يَثْبُتُ نَسَبُهُ.

* * *

الاستلحاق لغة: الادعاء، استلحقه ادعاه والملحق: الدعي الملصق. قاله في اللسان قال: وقال الأزهري عن الليث اللَّحَقُ الدَّعي الموصل بغير أبيه، وقال: سمعت بعضهم يقول له المُلحق.

وشرعاً عرفه المصنف بقوله: «إقرار مكلف أنه أب لمجهول نسبه» أي إقرار ذكر مكلف، ولو سفيهاً، أنه أب لمجهول نسبه، فخرج إقرار المرأة والصبي والمجنون، ومثلهم المكرَه فلا يثبت بإقرارهم نسب. وخرج بقوله: مجهول النسب من كان معلوم النسب، واستثنى من مجهول النسب من كان لقيطاً فإنه لا يصح استلحاقه إلا ببينة، وخرج غير الأب كالأخ فلا يصح استلحاقه[1].

---

(١) شرح الزرقاني لخليل ي٦/١٠٤ ـ ١٠٥.

ومحل قبول استلحاق الأب مجهول النسب أن تكون دعوى المستلحِق بالكسر مُمْكنة عقلاً وعادة بأن لم يكذبها العقل أو العادة، فمثال تكذيب العقل لها أن يستلحق من كان أسن منه أو مثله في السن، ومثال تكذيب العادة لها أن يدعي استلحاق من وُلد ببلد بعيد لم يدخله المستلحِق قط.

وقوله: «ولا يُمَكن من نزعه...» إلخ يعني أن من استلحق رقيقاً وكذبه مالكه الذي هو بيده، أو استلحق مولى وكذبه حائز ولائه - فإنه لا يصدق في ظاهر الأمر ويبقى الرقيق بيد مكذب المستلحِق (بكسر الحاء) فلا ينزع منه لاتهام المستلحِق برفع ملك مالكه عنه، وكذلك الأمر بالنسبة للمولى فلا يصدق مستلحقه لاتهامه برفع الولاء.

غير أن نسبهما - أي الرقيق والمولى - يثبت في الصورتين في باطن الأمر، وثمرة ذلك أنه يحرم فرع كل منهما على الآخر، وأن المولى يرث المستلحِق، وأن الرقيق يرثه، وإن اشتراه عتق عليه كما هو الشأن فيمن ملك أباه، وتوارثا توارث النسب(١).

ويثبت الاستلحاق لمجهول النسب ولو لم يستلحقه المستلحِق، إلا بعد أن كبر سواء أقر المستلحَق بالفتح أو أنكر، لما في المدونة: «ومن ولد عنده صبي فأعتقه ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به وإن أكذبه الولد»(٢).

كما يلحق مجهول النسب بالمستلحِق (بكسر الحاء) إن استلحقه بعد موته إن ورثه أي المستلحَق (بفتح الحاء) ولد ولو أنثى، فإن لم يكن للميت ولد لم يصدق لاتهامه على أنه استلحقه لجر ماله إليه، فلا يرثه ما لم يكن المال قليلاً لا بال له فيرثه، ومثل الاستلحاق بعد الموت الاستلحاق في مرضه، أي الموت.

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٢.

(٢) التاج والإكليل ٥/ ٢٣٨.

ويتفق الثلاثة مع مالـك في قبول استلحـاق الأب مجهول النسب بالشروط المتقدمة عنه، وزادوا عليها شرطاً آخر وهو أن يصدق المستلحَق (بالفتح) من استلحقه إن كان مكلفاً[(١)].

كما أن الشافعي وأحمد: لا يختص الأب عندهما بالاستلحاق بل للعاصب كأخ أو عم أن يستلحق إن كان حائزاً جميع المال وكان الأب ميتاً. إلا أن الأصح عند الشافعي أن المستلحَق لا يرث ولا يشارك المقِر في حصته. قاله في المنهاج[(٢)].

أما أبو حنيفة فلا يصح عنده استلحاق أخ ولا عم.. ولكن يصح عنده إقرار كل من الرجل والمرأة بأبويه وزوجه ومولاه، ويثبت عنده بذلك النسب والزوجية والولاء إذا صدقوا المُقِر بذلك[(٣)].

والأصل في الاستلحاق ما أخرجه مالك والشيخان واللفظ لمالك: عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه: سعد بن أبي وقاص، أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك. قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه.

فتساوقا إلى رسول الله ﷺ، فقال: سعد: يا رسول الله: ابن أخي، قد كان عهد إليَّ فيه. وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة» ثم قال رسول الله ﷺ «الولد للفراش، وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص، قالت: فما رآها حتى لقي الله عز وجل»[(٤)].

قال عياض: «سبب هذا الاختصام أنهم كانوا في الجاهلية يثبتون

---

(١) الهداية ٣/١٩٠ - ١٩١ ومغني المحتاج ٢/٢٥٩ - ٢٦١ والمغني ٥/١٩٩ - ٢٠٤.
(٢) المرجعان السابقان الأخيران. (٣) الهداية ٣/١٩١.
(٤) الموطأ ٢/٧٣٩ وصحيح البخاري ٦/٢٤٨١ وصحيح مسلم ٢/١٠٨٠.

النسب بالزنا ويبتاعون الجواري ويستأجروهن للوطء فإن ألحقت المزني بها بأحد أو ادعاه الزاني ولم ينازعه فيه أحد لحق به، فلما جاء الإسلام أبطل ذلك وألحق الولد بالعقود الصحيحة والأفرشة الثابتة»[1].

واستدل الشافعي وأحمد بهذا الحديث على أن الاستلحاق لا يختص بالأب بل للأخ أو العم أن يستلحق بالشروط المتقدمة عنهما. قاله في الفتح[2].

واستدل مالك لعدم استلحاق الأخ والعم بمفردهما بعمل أهل المدينة الآتي [3].

* * *

وَمن أَقَرَّ بِغَيْرِ وَلَدٍ لم يرثْهُ إنْ كَانَ ثَمَّ وارِثٌ حَائِزٌ، وإن كَانَ غيرَ حَائِزٍ دَخَل المُقَرُّ به فِي الفَضْلَةِ.

* * *

يعني أن من أقر بغير ولد كأخ أو عم، وكان له وارث حائز لجميع ماله ـ فإن المقَر به لم يرثه، لأن إقرار غير الأب بالاستلحاق ملغى إذ لا يستلحق غير الأب، كما تقدم.

وإن لم يكن للمقِرِّ وارث حائز جميع ماله ـ فإن المقَر به يشترك في الإرث مع غيره إن كان هناك وارث غير حائز لجميع المال، وينفرد بالإرث إن لم يوجد وارث غيره، وسواء طال الإقرار أو لم يطل فإنه يرث على الراجح ولا يثبت بذلك نسب. وقيل: لا يرث ويكون المال لبيت المال[4].

---

(١) إكمال الإكمال ٧٨/٤.

(٢) فتح الباري ٢٨/١٢.

(٣) انظر ص ٩٢ من هذا الجزء.

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤١٥/٣.

وقال اللخمي: محل الخلاف إذا لم يطل الإقرار بالمقَر به وأما إن طال فلا خلاف أنه يرث، قال خليل: «وإن استلحق غير ولد لم يرثه إن كان وارث، وإلا فخلاف، وخصه المختار بما إذا لم يطل الإقرار»(١).

وبه قال أبو حنيفة قال في الهداية: «ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد، نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب، لأن فيه حمل النسب على الغير، فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد، فهو أولى بالميراث من المقر له، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه، لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث»(٢) اهـ.

وتقدم عن الشافعي وأحمد أن الاستلحاق لا يختص بالأب، وأن غيره كالأخ والعم يثبت النسب باستلحاقه إن كان حائزاً جميع المال.

* * *

وإنْ أَقرَّ عدْلان بثَالثٍ ثَبتَ النَّسبُ فَيَلْزَمُ المقِرَّ للمُقَر به ما نقصَه الإقرَارُ، فإقْرارُ أخٍ بثَالثٍ ثلُثَ مَنَابَهُ لا كَأَمٍّ أقرَّتْ بأخٍ ثَالثٍ.

* * *

يعني أنه إذا أقر وارثان عدلان بثالث مشارك لهما في الميراث، كأخوين عدلين يقران بأخ ثالث لهما فإن النسب يثبت للمقر به. ويرث مع الأخوين سواء بسواء.

---

(١) مختصر خليل ص ٢٢٢.

(٢) الهداية ٣/١٩١.

أما إذا كان المُقِران غير عدلين أو كان المِقر عدلاً واحداً فإن النسب لا يثبت، لكن المقَر به يرث من حصة المُقِر ما نقصه إقراره سواء كانَ المُقِر واحداً أو أكثر. ومثل المصنف لذلك بقوله: «فإقرار أخ بثالث ثلّث منابه» أي نقله من النصف إلى الثلث[1]. وسيأتي المزيد من توضيح ذلك من كلام مالك في الموطإ. ومشهور المذهب أن لا فرق بين أن يكون المقر الواحد عدلاً أم لا، وقيل: إنه إذا كان عدلاً حلف المقر به معه واستحق الإرث كله ولا نسب، قال خليل: «وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب، وإلا فحصة المقر كالمال»[2]. أي كأنها المال المتروك، قاله الدردير، قال: «وما مشى عليه المصنف من التفصيل ضعيف، والمذهب أن للمقر به ما نقصه الإقرار من حصة المقر سواء كان عدلاً أو غير عدل ولا يمين»[3] اهـ.

ومِثْلُ ذلك أم أقرت بأخ ثان للميت فإن فرضها ينتقل من الثلث إلى السدس، بخلاف ما إذا أقَرَّتْ بأخ ثالث للميت فلا شيء له، لأن فرضـها في الحالتين إنما هو السدس.

والأصل في ذلك كله عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال يحيى: سمعت مالكاً يقول: الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم: قد أقر أبي أن فلاناً ابنه إن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد، ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه، في حصته من مال أبيه، يعطي الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده.

قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ستمائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار، ثم يشهد أحدهما أن أباه الهالك أقر أن فلاناً ابنه، فيكون على الذي شهد للذي استُلحق مائة دينار، وذلك

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٤٦.
(٢) مختصر خليل ص ٢٢٢.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/٤١٧ - ٤١٨.

نصف ميراث المُستلحَق لو لحق، ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه»[1] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قال إن المقر يدفع للمقر له نصف ما بيده، قاله في بدائع الصنائع[2].

أما الشافعي وأحمد ففرقا بين الإقرار والشهادة فأثبتا النسب بشهادة العدلين بأخ ثالث لهما، ولم يثبتاه بإقرارهما.

قال في المغني: «وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث وثَم وارث غيرهما لم يثبت النسب إلا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يثبت، لأنهما بينة»[3] اهـ.

* * *

(١) الموطأ ٢/٧٤١.
(٢) بدائع الصنائع ٧/٢٢٩ - ٢٣٠ والمنتقى ٦/١٧.
(٣) المغني ٥/٢٠٤.

بَابٌ في الوديعةِ

الوَديعَةُ هِيَ مالٌ مُوكَّلٌ على حِفْظِه، فيَضْمَنهُ الرَّشِيدُ إنْ فرَّط، كسُقُوطِ شَيْءٍ منْه عَليْهَا، وبِخَلْطٍ بغيْرِهَا إلاَّ كقَمْحٍ وَمَسْكُوكٍ بمِثْلِهمَا لإِحْرازٍ أوْ رِفقٍ وَبِتَسَلُّفِهَا أَو انْتِفَاعِه بِهَا أوْ سَفرِه إنْ وجَدَ أمِيناً.

* * *

الوديعة: واحدة الودائع، وهي مأخوذة من السكون، يقال: وَدَع يدع إذا سكن، فكأنها ساكنة عند المودَع.

ويقال: أودعته مالاً، أي دفعته إليه ليكون وديعة عنده، واستودعته وديعة: استحفظته إياها، قال الشاعر:

استودع العلم قرطاساً فضيَّعَه　　فبئس مُستودَعُ العِلم القراطيسُ

وقد تطلق الوديعة على كل ما يمنحه الله للإنسان من كل شيء فَانٍ، كولد ومال، وفي ذلك يقول لبيد بن ربيعة:

«وما المالُ والأهلُون إلاَّ وَديعةٌ　　فلا بُدَّ يوماً أن تُرَدَّ الودَائِعُ»

أما تعريفُها الشرعي فكما ذكر المصنف بقوله: «الوديعة هي مالٌ موكل على حفظه» أي على مجرد حفظه، دون التصرف فيه، فإذا وكل على التصرف فيه كان قراضاً أو إبضاعاً أو وكالة، ولكل منها حكمه.

وقوله: «فيضمنه الرشيد إن فرط» يعني أن المال المودَع يضمنه الرشيد الموكل على حفظه إن فرط في الحفظ، أما غير الرشيد كسفيه وصبي فلا يضمن ولو فرط في الحفظ قال في التحفة:

«ويضمن المودَعُ معْ ظهور مخايل التَّضييعِ والتَّقصير
ولا ضمان فيه للسَّفيه ولا الصغير مع ضَياعٍ فيه»[1]

ويضمن الرشيد الوديعة بسقوط شيء عليها من يده، ولو خطئاً، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، كما يضمن المودَع الرشيد الوديعةَ بخلطها بغيرها مما يعسر تمييزها منه، إلا إذا خلطها بشيء مماثل لها جنساً وصفةً، كأن تكون قمحاً فيخلطها بقمح مثله أو ذرة بذرة مثلها، أو مسكوك بمثله كدراهم تخلط بدراهم مثلها سكة وجودةً ورداءة، أو دنانير بمثلها، ومن باب أولى: خلط دراهم بدنانير. إذا فعل ذلك لإحراز أي صون، أو رفق، فإن فعل ذلك لغيرهما ضمن لاحتمال أنها لو كانت وحدها لما تلفت[2].

وإذا وقع الخلط بطريقة مشروعة وتلف بعضه فإن المصيبة تكون بين صاحبي المخلوطين على حسب ما لكل منهما، وهذا إذا لم يتميز التالف من السالم، أما إذا تميزا كما في خلط الدراهم بالدنانير فإن التالف على ربه[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: إذا خلط المودع الوديعة بمثلها حتى لا تتميز عنه ـ ضمنها، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره[4].

---

(١) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.
(٢) الشرح الصغير ٥٥٢/٣.
(٣) منح الجليل ٤٥٣/٣ ـ ٤٥٤.
(٤) الهداية ٢١٥/٣ والمهذب ٣٦١/١ والمغني ٣٨٣/٦ ـ ٣٨٤.

ولا خلاف بين الجميع أن الخلط إذا وقع بغير إرادة المودَع أنه لا ضمان عليه وسيأتي الإجماع على ذلك.

وقوله: «ويتسلفها أو انتفاعه بها. .» إلخ يعني أن المودع الرشيد يضمن الوديعة إذا تسلفها، أما من حيث مشروعية سلفها فسيأتي ذلك إن شاء الله، ويضمن المودِع الوديعة إن انتفع بها كما إذا كانت ثوباً فلبسه أو دابة وركبها فتلفت بما يُتلِفُ مثلَها غالباً.

أما إذا انتفع بها فيما لا يعطب مثلها فعطبت فلا ضمان عليه. ففي المدونة: «من أودعك عبداً فبعثته في سفر، أو أمر يعطب في مثله ضمنته، وأما إن بعثته لشراء بقل أو غيره من حاجة تقرب من منزلك، فلا تضمن، لأن الغلام لو أراد الخروج لمثل هذا فلا يمنع منه» اهـ. نقله محمد عليش[1].

ويضمن المودَع الوديعة أيضاً إذا سافر بها مع وجود أمين يتركها عنده، أو وجود ربها ولم يردَّها إليه، فيضمن إن ضاعت عليه في سفره، أما إن ردها من سفره سالمة فلا ضمان عليه، لأن موجب ضمانه هلاكها لا مجرد سفره بها، كما لا يضمن إن عادت سالمة بعد الانتفاع بها.

وقال أبو حنيفة: للمودَع أن يسافر بالوديعة إلا إذا نهاه المودِع عن السفر بها، فإن نهاه وسافر بها ضمن وبه قال أحمد في إحدى روايتيه. _[2].

وقال الشافعي وأحمد في روايته الأخرى: لا يسافر المودَع بالوديعة اختياراً، بل عليه أن يردها لربها عندما يريد السفر فإن لم يجده سلّمها إلى الحاكم، فإن لم يكن حاكم سلمها إلى أمين. فإن لم يوجد أمين سافر بها، لأنه اضطر إلى السفر بها، فسفره بها في هذه الحالة خير من تركها بلا حافظ[3].

---

(١) منح الجليل ٣/٤٥٥. (٢) الهداية ٣/٢١٧. والمغني ٦/٣٥٦.

(٣) المهذب ١/٣٦٠ والمغني ٦/٣٨٤ - ٣٨٦.

والأصل في مشروعية الإيداع الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾[1].

قال ابن العربي: «هي عامة بقولها، شاملة بنظمها لكل أمانة، وهي أعداد كثيرة، أمهاتها في الأحكام: الوديعة واللقطة والرهن والإجارة والعارية»[2]. وقال تعالى: ﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ، وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾[3].

وأما السنة فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك». أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه وصححه الحاكم[4]. وأخرجه أيضاً البيهقي، وروي من طريق أبي أمامة وأنس وضعفه الشافعي وأحمد وابن الجوزي، وصححه ابن السكن.. قاله الشوكاني. ثم قال: «ولا يخفى أن وروده بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها، وتحسين إمام ثالث منهم، مما يصير به الحديث منتهضاً للاحتجاج»[5] اهـ.

قلت: ومعنى الحديث صحيح، يدل على ذلك الآيتان الآنفتا الذكر، كما يدل عليه الإجماع كما سيأتي إن شاء الله.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أُودع وديعة فليس عليه ضمان». أخرجه ابن ماجه، وفي إسناده ضعف[6]: وأخرج نحوه الدارقطني، وفي إسناده ضعيفان. قاله الحافظ[7].

---

(١) النساء: ٥٨.
(٢) أحكام القرآن ١/٤٥٠.
(٣) البقرة: ٢٨٣.
(٤) نيل الأوطار ٦/٣٩.
(٥) المرجع السابق.
(٦) بلوغ المرام ص ٢٠٠.
(٧) تلخيص الحبير ٣/٩٧.

وفي حديث خروج النبي ﷺ إلى الهجرة أنه كانت عنده ودَائع وأمر علياً بردها لأهلها قال ابن إسحاق: «فأقام علي بن أبي طالب خمس ليال وأيامها حتى أدى عن النبي ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس». قال الحافظ: «رواه ابن إسحاق بسند قوي»(١).

وفي هذا الحديث دليل على مشروعية إيداع الوديعة عند أمين إذا ما أراد المودَع السفر إلى بلد آخر.

وأما الإجماع فقال ابن المنذر: «وأجمعوا أن الأمانات مردودة إلى أربابها». وقال: «وأجمعوا على أن الوديعة إذا كانت دراهم فاختلطت بغيرها وخلطها غير المودع أن لا ضمان على المودع» وأجمعوا أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله مع يمينه»(٢).

* * *

وَيَحْرُمُ تَسَلُّفُ مُقوَّمٍ وَمُعْدِم، ويُكرَهُ النَّقْدُ والمِثْليُّ لِلْمَليء وَيَبْرَأُ برَد المِثْلِي لمَحَله، وصُدِّقَ فِيهِ بيَمِينِهِ، بخلافِ المأْذُونِ لَهُ فَيَرُدُّها لِرَبِّها كالمُقَوَّمِ.

* * *

يعني أن المودَع يحرم عليه تسلف شيء مقوم كعرض أو حيوان مودَع عنده سواء كان مليّاً أو مُعدماً، لأن المقوم يراد لذاته. أما إن كانت الوديعة نقداً كدراهم أو مثلياً كحبوب فإن تسلُّفَها يُكره للموسر ويحرم على المعدم، وناظر الوقف كالمودع.

(١) المرجع السابق ٩٨/٣.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ١٠٢ ـ ١٠٣.

والتجارة بالوديعة مثل ذلك تحرم في المقوم وعلى المعدم، وتكره للموسر في النقد والمثلي، فإن اتجر بالوديعة وربح فالربح له، إذ لو تلفت لضمنها(١).

والأصل في ذلك حديث عائشة مرفوعاً: «الخراج بالضمان». أخرجه الخمسة، وضعفه البخاري وأبو داود، وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان. قاله الحافظ(٢).

وقوله: «ويبرأ برد المثلي لمحله...» إلخ يعني أن متسلف الوديعة يبرأ إذا رد المثلي لمحله، سواء كان نقداً أو غيره، وسواء كان سلفه للمثلي مكروهاً كالموسر، أو محرماً كالمعدم.

وصُدق المودَع إن ادعى رد المثلي لمحله ويحلف على ذلك فإن نكل لم يصدق، بخلاف مودَع أذن له رب الوديعة في تسلفها فلا يبرأ إلا بتسليمها لربها.

وكذلك المقوَّم إذا تسلفه المودَع فلا يبرأ إلا برده لربه(٣).

وتسلُّفُ بعض الوديعة يجري فيه ما تقدم فإذا كان مكروهاً كالمثلي ورده لمحله فلا ضمان عليه فيما أخذ وفيما لم يأخذ، وإن كان جائزاً بأن تسلفه بالإذن فلا يبرأ مما أخذ إلا برده لربه، وأما غيره فلا ضمان عليه فيه، وإن كان حراماً وكان مقوماً فلا يبرأ إلا بتسليمه لربه وإن كان مثلياً برىء برده لمحله بيمين(٤).

وقال أبو حنيفة: إن أخذ بعض الوديعة وأنفقه ثم رد مثله فخلطه بالباقي

---

(١) جواهر الإكليل ٢/١٤٠ - ١٤١.
(٢) بلوغ المرام ص ١٦٧.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٥٥٦.
(٤) المرجع السابق.

ضمن الجميع[1]. وقال أحمد والشافعي: إن أخذ بعض الوديعة ثم رده أو رد مثله لزمه ضمانُ ما أخذ فقط إن ضاع الجميع، لأن الضمان تعلق بذمته بالأخذ، إذ لو تلف في يده قبل رده ضمنه، فلا يبرأ إلا برده لصاحبه. قاله في المغني[2].

* * *

وَيَضْمَنُ إنْ نَسِيَهَا بمَوْضِعٍ أوْ خَرَجَ بهَا يَظُنُّها لَهُ، وبإيدَاعِهَا لغَيْر زَوْجَةٍ وخادِمٍ ومَمْلوكٍ وابنٍ إن اعتِيدَ، إلَّا لِعُذْرٍ حَدَثَ كعَجْزٍ عن رَدٍّ في سَفَرٍ، وَبِإرْسَالِها بِلَا إذْنٍ.

* * *

يعني أن المودَع يضمن الوديعة إن نسيها في موضع إيداعها وأولى إن نسيها في غيره، كأن يخرج ليشتري بها بضاعة أوصاه ربها بشرائها فيجلس لقضاء حاجة مَّا فينساها، ثم لا يجدها فيضمن عند ابن رشد وابن الحاج، خلافاً للباجي وتبعه العبدوسي[3].

ويضمن المودَع إذا خرج بالوديعة ظاناً أنها لنفسه فتلفت، لأنها جناية خطإ، والخطأ كالعمد في أموال الناس[4].

ويضمن بإيداع الوديعة لغير أهله الذين اعتاد الإيداع عندهم كزوجة وأمة وعبد وابن جَرَّب أمانتهم واعتاد الإيداع عندهم. إلا إذا طرأ عليه عذر

---

(١) اللباب ٢/١٩٨.
(٢) المغني ٦/٤٠٠.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٦/١١٧.
(٤) المرجع السابق.

بعد الإيداع كهدم داره أو طرو جار سوء وطرو سفر عليه، وعجز عن ردها لربها فإنه لا يضمن إن أودعها لغير من ذكروا آنفاً، أما إذا كان العذر حاصلاً قبل الإيداع وعلم به رب الوديعة، فليس له إيداعها، وإلا ضمن(١).

وبه قال أبو حنيفة وأحمد أي أن المودع إن أودع الوديعة عند أهله الذين اعتاد الإيداع عندهم لم يضمن(٢). أما الشافعي فقال: إذا أودعها لغيره من غير عذر ضمن مطلقاً(٣).

تنبيه: لا يصدق المودَع في العذر إن أودع الوديعة وضاعت وادعى أنه إنما أودعها لعذر، فلا يبرأ إلا ببينة تشهد له بذلك العذر. أي بعلمها به فلا يكفي قوله للبينة: اشهدوا أني أودعتها لعذر، دون أن تعلم البينة ذلك. وعلى المودع استرجاع الوديعة وجوباً إن زال العذر المبيح لإيداعها(٤).

ويضمن المودَع الوديعة إذا جحدها أصلاً وأثبتها ربها عليه. ثم أتى المودَع ببينة تشهد له على ردها لربها، أو أنها تلفت بلا تفريط. فلا تقبل منه البينة، لأنه أكذبها أو لا بجحده للوديعة(٥).

ويضمن المودَع الوديعة إن أرسلها إلى ربها بلا إذن منه فضاعت أو تلفت من الرسول، كما يضمن إن ادعى أن رب الوديعة أذن له في الإرسال ولم يثبت ذلك، ويحلف ربها أنه ما أذن له في الإرسال(٦).

* * *

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٥٩.
(٢) المغني ٦/٣٨٥ ورحمة الأمة ص ٢١٤.
(٣) مغني المحتاج ٣/٨١ ـ ٨٢.
(٤) الشرح الصغير ٣/٥٥٩.
(٥) المرجع السابق ٣/٥٦١.
(٦) المرجع السابق ٣/٥٦٠ ـ ٥٦١.

ويُصدَّقُ المودَعُ في دَعْوى التَّلفِ والضَّيَاعِ ، وحَلفَ المتَّهمُ

كَالرَّدِّ إن لَمْ تَكُن بَيِّنَة تَوَثُّقٍ، وإن امْتَنَعَ من دَفْعِها ثُمَّ قَالَ:

ضَاعَتْ قَبْلَ أنْ تَلْقاني ضَمِن، كَبَعْدَهُ إن امْتَنَعَ بِلاَ عُذرٍ.

* * *

يعني أن المودع يصدق في دعواه تلف الوديعة أو ضياعها، وحلف المتهم أنها ضاعت أو تلفت دون تفريط. قال عق: «وهل هو - أي المتهم - من يشار له بما ادعى عليه به من التساهل في الوديعة، أو من لم يكن من أهل الصلاح قولان»[1] اهـ.

قال الرهوني: «وهذا الثاني هو الذي اختاره اللخمي قائلاً: لأن الغالب على الناس اليوم التهمة، إلا من كان بارزاً في العدالة والدين، وهو الذي ارتضاه سيدي أبو عبد الله القوري، كما في المعيار قائلاً: وإذا قال ذلك اللخمي في زمانه، فكيف بزماننا هذا، وسلمه صاحب المعيار، وهو هذا الذي اختاره أبو علي ابن رحال، قائلاً وإذا قال ذلك القوري في زمانه فكيف بزماننا هذا، وهو ظاهر، وإذا قال ذلك أبو علي في زمانه فكيف بزماننا هذا، والله أعلم»[2] اهـ.

ويصدق المودع إن ادعى أنه رد الوديعة لربها وعليه يمين، سواء كان متهماً أم لا، إلا إذا أودعها ربها ببينة قصد بها التوثق، فلا يقبل من المودع ردها إلا ببينة[3]، وفي ذلك يقول ابن عاصم:

«والقــول قــولُ مُودَع فيمـا تَلِف وفي ادِّعــاء ردِّهــا مــع الحـلف
مَــالـم يكـن يَـقـبـضـه بـبَـيـنـه فــلا غِنَى في الــرَّدِّ أن يُبيِّـنــهْ»

(١) شرح الزرقاني على خليل ٦/١٢٣.
(٢) حاشية الرهوني ٦/١٨٨ - ١٨٩.
(٣) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٧٢.

وقيل: إن القول قوله ولو قبضها ببينة، وهو قول مروي عن ابن القاسم، قاله في القوانين(1).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد(2).

وتقدم أن ابن المنذر نقل الإجماع على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثُمَّ ذكر أنها ضاعت أن القول قوله بيمين.

وقوله: «وإن امتنع من دفعها...» إلخ يعني أن المودع إذا طالبه رب الوديعة بها فمنعه إياها ثم جاء بعد ذلك يطلبها فقال له: تلفت قبل أن تلقاني - فإنه يضمن، ولو فعل ذلك لعذر اعتذر به كاشتغاله بأمر، لأن من حجته أن يقول له: سكوتك عن بيان تلفها دليل على عدمه، إلا أن يدعي أنه إنما علم بالتلف بعد لقائه فيصدق بيمين.

وكذا يضمن إذا قال له: تلفت بعد لقائنا والحال أنه امتنع من دفعها له بلا عذر ثابت، فإن امتنع لعذر وثبت فلا ضمان عليه، كما أنه لا يضمن إذا قال له: لا أدري هل تلفت قبل أن تلقاني أو بعده؟ لاحتمال أنها تلفت قبل لقائه، ولم يعلم بذلك إلا بعده، وعليه يمين(3).

ويضمن المودع إن امتنع عن دفع الوديعة لربها حتى يقع الدفع بحضرة القاضي، لأنه مصدق في دعوى ردها لربها، فإذا ضاعت فكأنه تسبب في ضياعها.

هذا إذا أخذها بغير بينة للتوثق، وإلا فلا ضمان عليه، لأنه فعل الواجب(4).

* * *

---

(1) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٦٨.
(2) المغني ٦/٣٩٥ - ٣٩٦ ومغني المحتاج ٣/٩٠ - ٩١ ورحمة الأمة ص ٢١٣.
(3) الشرح الصغير ٣/٥٦٦.
(4) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٦/١٢٤.

وَيَجُوزُ أَخْذُ المَظْلَمَةِ لِمن تَمكَّنَ إنْ أَمِنَ الرَّذِيلَةَ والعُقُوبَةَ.

* * *

يعني أنه يجوز للمودَع أن يأخذ من الوديعة بقدر حقه الذي ظلمه به ربها ولو من غير جنسه. سواء كان ظلمه له بسرقة أو غصب أو جحود دين له عليه. وسواء كانت له بينة عليه أم لا. ولا يختص المودع بهذا فكل من ظُلم وقدر على أخذ حقه من الظالم فله أخذه على المشهور إن لم يقدر على خلاصه منه بحاكم، ولم يكن عليه دين محيط، فإن كان رب الوديعة عليه دين محيط بماله فليس لِلمودَع أن يأخذ إلا قدر حصته على المشهور.

ويشترط في جواز أخذه لمظلمته أن يأمن الرذيلة والعقوبة والفتنة، أي يأمن أن يرمى بالسرقة والتعرض لأي عقوبة بدنية من ضرب أو سجن أو قطع، وأن لا يكون في ذلك إثارة فتنة.

وأن يكون الحق غير عقوبة، فإن كان عقوبة فلا يأخذ ثأره بنفسه، بل لا بد من الحاكم لئلا يؤدي الأخذ بالثأر إلى الهرج والفساد في الأرض[(١)].

قال المازري: «من غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة وسوء عاقبة، بأن يعد سارقاً ونحوه جاز له أخذه، ولا يلزمه الرفع إلى الحاكم، وأما العقوبة فلا بد من الحاكم»[(٢)] اهـ.

وقيل إن المودَع ليس له أن يأخذ حقه من الوديعة، بل عليه أن يردها لربها، لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾[(٣)]. ولحديث: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك. ولا تخن من خانك». وتقدم تخريجه صدر هذا الباب[(٤)].

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤/٣٠٠.

(٢) منح الجليل ٣/٤٨١ - ٤٨٢.

(٣) النساء: ٥٨.

(٤) تبيين المسالك ٤/٩٧.

والقولان المذكوران درج خليل على أحدهما في باب، ودرج على الآخر في باب آخر، فقال هنا في باب الإيداع: «وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها»[١]. وقال في باب الشهادات: «وإن قدر على شيئه فله أخذه إن يكن غير عقوبة، وأمن فتنة ورذيلة»[٢].

واقتصر المصنف تبعاً للأصل على القول الأخير وهو الراجح كما تقدم، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[٣] وقوله ﷺ لامرأة أبي سفيان: «خُذِي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفي بنيك». أخرجه الشيخان[٤].

وبه قال الشافعي، قال: وإن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه، فله أخذ قدر حقه من جنسه، أو من غير جنسه إن فقده وقال أبو حنيفة: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً، أو من جنس حقه، وإن كان المال عرضاً لم يجز له الأخذ منه.

وقال أحمد: لا يجوز له أخذ حقه دون الحاكم بأي حال[٥].

---

(١) مختصر خليل ص ٢٢٤.
(٢) المرجع السابق ص ٢٧١.
(٣) البقرة: ١٩٤.
(٤) بلوغ المرام ص ٢٤٠.
(٥) مغني المحتاج ٤/٤٦١ ـ ٤٦٢ والمغني ٩/٣٢٥ ـ ٣٢٦.

بَابٌ في الإِعَارَةِ

الإِعَارَةُ مَنْدُوبةٌ، وهيَ: تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ بلاَ عِوَضٍ، وَتَصِحُّ مِن ذِي التَّبَرُّعِ، وإنَّما يُعَارُ مَا أُبِيحَتْ مَنْفَعَتُه مع بَقَاءِ عَيْنِه.

* * *

الإعارة: مصدر أعار، يقال: أعرته الشيء إعارة وعارة كما يقال أطعته إطاعة وطاعة.

والعارية: منسوبة إلى العارة وهو اسم من الإعارة. قاله في اللسان نقلاً عن الأزهري.

وقال في الصحاح: «والعاريَّة بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب. ويُنشد:

إنما أنفسنا عاريَّة ... والعواريُّ قصارى أن تردْ

والعارة مثل العارية، قال ابن مقبل:

فأخلف وَأَتْلِفْ إنّما المالُ عارةٌ ... وكُلْهُ مَع الدَّهرِ الذي هُوَ آكلُهُ

واستعاره ثوباً فأعاره إياه، ومنه كير مستعار قال بشر:

كأن حفيفَ منخرِهِ إذا مَا ... كتَمْنَ الرَّبْو كِيرٌ مستعارُ

وقد قيل مستعار بمعنى متعاوَر أو متبادل» اهـ.

أما تعريفها شرعاً فكما ذكر المصنف: «تمليك منفعة بلا عوض» فخرج القرض والصدقة والهبة، فإنها تمليك ذات وخرجت الإجارة لأنها تمليك منفعة بعوض(١).

والإعارة مندوبة على العموم لقوله تعالى: ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾(٢)، وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ـ وعليها درع قطري ثمن خمسة دراهم: «كان لي منهن درع على عهد رسول الله ﷺ، فما كانت امرأةٌ تُقَيَّنُ بالمدينة إلا أرسلت إليَّ تستعيره» أخرجه أحمد والبخاري(٣).

قال الشوكاني: «وفي الحديث: أن عارية الثياب للعرس أمر معمول به مرغب فيه»(٤) اهـ. ومعنى: «تُقَيَّن» أي تُزَينُ لزفافها. قاله في النهاية(٥). وفي صحيح البُخاري أن النبي ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة يقال له المندوُب(٦).

وقد تكون الإعارة واجبة كالإعارة للمضطر لماعون كآلة سقي وآلة طبخ ونحو ذلك فيجب على من كانت عنده ولا ضرر عليه في إعارتها أن يعيرها لمضطر إليها. وبهذا فُسِّر جانبٌ من جوانب آيات: ﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الذِينَ هُمْ عَن صَلاَتِهِمْ سَاهُونَ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَيَمْنَعُونَ المَاعُونَ ﴾(٧).

قال البخاري في صحيحه: «والماعون: المعروف كله، وقال بعض العرب: الماعون: الماء، وقال عكرمة: أعلاها الزكاة المفروضة وأدناها

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٧٠.
(٢) الحج: ٧٧.
(٣) نيل الأوطار ٦/٤٣ ـ ٤٤.
(٤) المرجع السابق.
(٥) النهاية ٤/١٣٥.
(٦) صحيح البخاري ٢/٩٢٦.
(٧) الماعون: ٤ ـ ٧.

عارية المتاع»[1]. وأخرج أبو داود والنسائي وغيرهما عن ابن مسعود قال: «كنا نعد الماعون على عهد رسول الله ﷺ: عارية الدلو والقِدْر والفأس والميزان، وما تتعاطون بينكم»[2].

قال الجصاص في تفسيره لسورة الماعون بعد أن ذكر أوجه التفسير الواردة في الماعون: «قال أبو بكر: يجوز أن يكون جميع ما روي فيه مراداً، لأن عارية هذه الأشياء قد تكون واجبة في حال الضرورة إليها ومانعها مذموم مستحق للذم، وقديمنعها المانع لغير ضرورة، فينبىء ذلك عن لؤم ومجانبة أخلاق المسلمين وقال النبي ﷺ: «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق»[3] اهـ.

وحديث: «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» أخرجه مالك بلاغاً بلفظ: «بُعثتُ لأتمم حسن الأخلاق»[4].

قال ابن عبد البر: «هو حديث مدني صحيح متصل من وجوه صحاح عن أبي هريرة وغيره» قاله الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي[5].

وقوله: «وتصح من ذي التبرع. . .» إلخ يعني أن العارية تصح ممن كان أهلاً للتبرع، وهو الحر البالغ الرشيد، فلا تصح من رقيق ولا من صبي ولا من سفيه، ولا من مريض ولا من زوجة في أكثر من ثلث مالهما.

هذا هو الركن الأول من أركان الإعارة الأربعة. وهو المعير: مالك المنفعة وسواء كانت المنفعة له أصلاً أو له بالإعارة أو الإجارة.

وأما الركن الثاني فهو المستعير، وهو من كان أهلاً للتبرع عليه بتلك

---

(١) صحيح البخاري ١٨٩٩/٤.
(٢) فتح القدير للشوكاني ٥٠١/٥.
(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤٧٥/٣.
(٤) الموطأ ٩٠٤/٢.
(٥) المرجع السابق: تعليق محمد فؤاد.

المنفعة، لا من لم يكن أهلاً للتبرع بها ككافر يُعار مصحفاً فلا تصح إعارته له ولا إعارة كتب حديث له لأن المشرك نجس.

والركن الثالث هو الذي أشار إليه المصنف بقوله: «وإنما يُعار ما أبيحت منفعته» يعني أن الشيء المستعار وهو ما كانت له منفعة، لا بد أن تكون منفعته مباحة ومع بقاء عينه؛ بحيث يباح للمستعير الانتفاع بها، كدار تعار للسكنى ودابة للركوب، وثوب يعار للبس، لا ما لا يجوز للمستعير الانتفاع به كجارية تعار للوطء لأن إعارة الفروج محرمة كما تقدم في باب القرض. ولا ما لا يمكن الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالدراهم والطعام والشراب.

وأما الركن الرابع فهو ما يدل على الرضا من قول: كأعرتك ونحوها أو إشارة أو مناولة مما يدل على الرضا بتمليك منفعة بغير عوض[1].

* * *

وَضَمِنَ المُستَعِيرُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَه، لَا غَيرَه وَلَوْ شَرَطَهُ المُعِيرُ.

* * *

يعني أن المستعير يضمن ما يمكن إخفاؤه من العارية كالحلي والثياب، ومعنى ذلك أنه لا يصدق في ضياعه إلا إذا قامت بينة بضياعه بلا سبب منه، ولو شرط على المعير أن لا ضمان عليه فيما يغاب عليه فإنه يضمن على الراجح، لأن شرط البراءة يؤذن بالتحيل على تملك المعار[2].

(١) الشرح الصغير ٣/٥٧١ ـ ٥٧٣.
(٢) الشرح الصغير ٣/٥٧٣ ـ ٥٧٤.

أما ما لا يغاب عليه كالحيوان فلا يضمنه المستعير ولو شرط عليه المعير ضمانه. وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «لا غيره ولو شَرطه المعير» فلا يضمن على الراجح إلا إذا فرط، وعليه يمين أنه ما فرط.

قال في الرسالة: «والعارية مؤداة يضمن ما يغاب عليه، ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة إلا أن يتعدى»(١) قال شارحها أبو الحسن: «ولو شَرط المعير الضمان على المستعير لا ينفعه ذلك، وكذلك لو شرط المستعير على المعير عدم الضمان مما فيه الضمان لا ينفعه، وعليه الضمان على أحد قولي ابن القاسم وأشهب، ولهما ينفعه ويعمل بالشرط، لأن العارية باب معروف، وإسقاط الضمان من المعروف»(٢) اهـ.

وقال أبو حنيفة: لا ضمان على المستعير مطلقاً إن هلكت العارية بغير تعد(٣). وقال الشافعي وأحمد: عليه الضمان مطلقاً، فيرد للمعير عند تلف العارية مثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت مقومة، سواء فرط أو لم يفرط(٤).

ويوافقهما أشهب من علمائنا. قاله في القوانين(٥).

واستدلوا بحديث صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود وأحمد والنسائي وصححه الحاكم. قاله الحافظ(٦).

واستدل أبو حنيفة بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن

---

(١) الرسالة الفقهية لابن أبي زيد ص ٢٣١.
(٢) كفاية الطالب وحاشية العدوي عليها ٢/٢٥٢.
(٣) الهداية ٣/٢٢٠.
(٤) المهذب ١/٣٦٣ والمغني ٥/٢٢٠ - ٢٢١.
(٥) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٦٧.
(٦) بلوغ المرام ص ١٨٣.

رسول الله ﷺ قال: «ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان». أخرجه البيهقي وضعفه كما ضعفه الحافظ(١).

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أن علي بن أبي طالب قال: «ليس على صاحب العارية ضمان»(٢).

قال ابن المنذر: «وممن كان لا يرى العارية مضمونة الحسن البصري والنخعي وعمر بن عبد العزيز، وبه قال الثوري والنعمان ـ يعني أبا حنيفة ـ وأصحابه»(٣) اهـ.

أما إمامنا مالك فقد توسط بين الفريقين، وأخذ بالدليلين معاً، فأوجب الضمان على المستعير مطلقاً إذا فرط في العارية، كما أوجبه عليه فيما يغاب عليه إن لم تقم بينة بضياعه بدون تفريط، وأسقط الضمان عن المستعير فيما لا يغاب عليه إلا إذا قامت بينة أنه أتلفه أو فرط فيه.

ولا خلاف بين جميع الأئمة أن المستعير إذا أتلف العارية أنه يضمنها. قال ابْن المنذر: «وأجمعوا على أن المستعير إذا أتلف الشيء المستعار أن عليه ضمانه»(٤) اهـ.

* * *

وَالقَولُ للمستعير في كَالتَّلَفِ إلا لِقَرِينَةِ كَذِبٍ كَنَفْيِ التَّفْرِيطِ، وَفِي رَدِّ مَالَمْ يضمَن إلا لبيِّنَةٍ مقصُودَةٍ.

* * *

(١) السنن الكبرى ٦/٩١ وتلخيص الحبير ٣/٩٧.
(٢) المصنف ٨/١٧٩.
(٣) الإشراف على مذاهب أهل العلم ١/٢٧٠ ـ ٢٧١.
(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٠٣.

يعني أن المستعير إذا ادعى تلف ما لا يغاب عليه أو ضياعه فإنه يصدق ولا ضمان عليه، لأن الأصل عدم الضمان إلا إذا وجدت قرينة على كذبه كأن يقول: تلف يوم كذا وتشهد بينة أنها رأته بعد ذلك اليوم.

كما أن القول له ـ بيمين ـ في نفي التفريط، فيحلف إذا ادُّعي عليه التفريط ـ أنه ما فرط في العارية، ويبرأ. ويؤخذ من هذا أنه يجب عليه تعهد العارية سواء كانت مما يغاب عليه أم لا[1].

والقول للمستعير أيضاً في رد ما لا يجب عليه ضمانه من العارية، وهو مالا يغاب عليه كالحيوان، إلا إذا أشهد المعير على العارية وقت الإعارة للتوثق خشية ادعاء الرد فلا يصدق المستعير في دعوى الرد، بل لا بد من بينة تشهد على ذلك[2].

* * *

وَفعَلَ المأْذونَ لَه فيه ومثلَه في المَحْمُولِ والرَّاكِبِ لا المَسَافَةِ. ولَزِمَت المُقيَّدةُ بِعَمَلٍ أو أَجَلٍ لانْقِضَائِه فَقَط.

* * *

يعني أن المستعير يجوز له أن يفعل الفعل المأذون له فيه، وله أن يفعل مثله وأحرى ما دونه.

فإذا استعار دابة ليركبها لمكان معين فإن له أن يعيرها لمن هو مثله ليركبها إلى المكان نفسه، وكذلك إذا استعارها ليحمل عليها وزن كذا من القمح أو الذرة ونحوهما فحمل عليها غيرهُ الشيءَ نفسَه إلى عين المكان.

ولا يفعل مثل ذلك في المسافة، فإذا استعار دابة لمكان معين فلا

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٥٧٤ ـ ٥٧٥.
(٢) المرجع السابق.

يذهب بها إلى مكان آخر مثله في المسافة، وإذا عطبت من فعل ذلك فإنه يضمن[1]. كما يَضمن المستعير إن فعل بالعارية ما هو أضر مما استعارها له كأن يستعيرها لحمل القمح فيحمل عليها الحجارة، ولو كانت أقل وزناً أما إذا حمل عليها الذرة مكان القمح ونحوها فيصح ذلك. ولا ضمان عليه إذا عطبت بحمل مثل ما استعيرت له.

ففي المدونة: «من استعار دابة ليحمل عليها حنطة فجعل عليها حجارة. فكل ما حمل مما هو أضر بها مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن، وإن كان مثله في الضرر فلا يضمن كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتّاناً أو قطناً في مكان بز». نقله المواق[2].

وإذا زاد المستعير على الحمل المأذون له فيه، وعطبت العارية بسببه فلربها قيمتها وقت الزيادة، إذ هو وقت التعدي. وله كراء الزائد فقط، فهو مخير بينهما، وذلك إذا كانت الزيادة مما يُعطِب العارية عادة.

أما إذا كانت الزيادة مما لا تعطب به وعطبت أو تعيبت أو سلمت، أو كانت مما تعطب به وسلمت فللمعير كراء الزائد فقط في الصور الأربع، ولو تعيبت بسبب ما زاد عليها مما تعطب به فإن للمعير الأكثر من كراء الزائد وقيمة العيب أي أرشه[3].

ونحوه لأبي حنيفة، قال في الهداية: «وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، وقال الشافعي رحمه الله: ليس له أن يعيره»[4] ويوافق أحمد الشافعي في عدم جواز إعارة المستعار. وللشافعي قول آخر بجواز إعارة المستعار. والصحيح عنه عدم الجواز[5].

(١) الشرح الصغير ٣/٥٧٥.
(٢) التاج والإكليل ٥/٢٧٠.
(٣) الشرح الصغير ٣/٥٧٦.
(٤) الهداية ٣/٢٢١.
(٥) المغني ٥/٢٢٦ والمهذب ١/٣٦٤.

وإذا أعار المستعير ما استعاره وفعل به المستعير الثاني فعلاً أضر مما استعاره له الأول وتلف به فإن المعير الأصلي مخير بين أن يتبع المستعير الأول أو المستعير الثاني، فإن رجع على المستعير الأول واستوفى منه حقه رجع المستعير الأول على المستعير الثاني بمثل ما أخذ منه.

أما لو استعمله الثاني في مثل ما أعار له الأول أو دونه وتلف فإنه لا ضمان عليه. قال في نظم نوازل سيدي عبدالله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي:

«ومن يُعير ما استعار فَانكسَرْ خُيِّر رَبُّهُ إذا الثَّاني أَضَرْ
ويسقط الضمانُ حيث استَعملَهْ في مثل ما أعاره المُعيرُ لَهْ
وفعلَ المأذون من خليلِ دليله ناهيك من دليل»[1]

وقوله: «ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه فقط». يعني أن العارية إذا أعيرت لعمل معين أو أجل محدد، كآلة حرث أعيرت لحرث أرض معينة، أو دار سكنى أعيرت لسكنى شهر بعينه ـ فإن الإعارة تستمر حتى تنتهي حراثة تلك الأرض، وحتى ينتهي الشهر المذكور.

أما إذا لم تقيد بعمل ولا أجل، كأعرتك هذه الدار أو هذه الأرض فإن للمعير أن يأخذها متى شاء على المعتمد[2]. وهو قول ابن القاسم وأشهب في المدونة، وقيل: يلزم فيها المعتاد مما تراد لمثله، وهو قول غير ابن القاسم وأشهب[3]. وعليه درج خليل فقال: «ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه، وإلا فالمعتاد»[4].

وقيل: يفرق بين الإعارة للسكنى والبناء فيلزم فيهما المعتاد، وبين الإعارة لغيرها فيأخذها المعير متى شاء[5].

---

(١) مرجع المشكلات ص ٩٨.
(٢) الشرح الصغير ٥٧٧/٣.
(٣) حاشية البناني ١٣٣/٦.
(٤) مختصر خليل ص ٢٢٥.
(٥) حاشية البناني على شرح الزرقاني ١٣٣/٣.

وقال الثلاثة: للمعير الرجوع في عاريته متى شاء، سواء كانت الإعارة مطلقة أو مقيدة[1].

وإذا تنازع المعير والمستعير بعد رد العارية فقال ربها: إنه أكراها، وقال المستعير: إنه أعاره إياها، فالقول قول ربها بيمين لأنه ادعى عليه معروفاً، إلا إذا كان مثله ممن لا يُكرِي الدواب ونحوها لشرفه فالقول للمستعير بيمين قال في التحفة:

«والقـول قولُ مُـدّعي الكِـراءِ في ... مـا يُستعـار مـعْ يمـين اقتفـي
مـالـم يكـن ذلـك لا يليـقُ ... بـه فقلبُ القَسَـمِ التحقيق»[2]

* * *

ومُدّعِي الإِرْسالِ ضَامِنٌ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ أَوْ تَصْديقٍ. والمؤُونَةُ على المسْتَعيرِ، وفي العَلَفِ قولانِ.

* * *

يعني أن من طُلب منه إعارة شيء كحلي ونحوه بواسطة رسول يزعم أنه مُرسَلٌ من قبل المستعير ـ فبعث به معه إليه ثم ادعى الرسول أنه تلف في الطريق ـ فإن الرسول الذي ادعى الإرسال يضمن إذا أنكر المستعير إرساله وحلف على ذلك.

أما إذا أقر له بالإرسال أو شهدت بينة بذلك فإن الضمان يكون من المرسِل: (المستعير)[3].

وإذا بعث المعير بالعارية إلى المستعير ـ مع صبي أو سفيه فلا ضمان عليهما ولو اعترفا بالتعدي. إذ لا ضمان عليهما فيه مثل ما تقدم في الإيداع،

(١) اللباب ٢/٢٠٢ ومغني المحتاج ٢/٢٧٠ ـ ٢٧١ والمغني ٥/٢٢٩.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٧١.
(٣) الشرح الصغير ٣/٥٧٧ ـ ٥٧٨.

أما إذا أرسلها مع رشيد وأقر بالتعدي فإنه يضمن[١].

وقوله: «والمؤونة على المستعير. . . إلخ يعني أن مؤونة أخذ العارية وردها على المستعير، فإذا كان الإتيان بها من المعير أوردها إليه يكلف أجرة ونحوها فإن ذلك على المستعير، لأن المعير صانع معروف ولا ينبغي أن يكلف عبئاً على معروفه.

قال ابن رشد: «أجرة حمل العارية على المستعير واختلف في ردها فقيل على المستعير وهو الأظهر. . .» نقله المواق[٢].

أما العلف فاختلف فيه أي اختلف في علف الدابة المستعارة فقيل إنه على المعير، إذ لـو كان على المستعير لكان كراء، وربما كان علفها أكثر من الكراء فتخرج العارية إلى الكراء. وقيل: إنه على المستعير قولان ذكرهما خليل من غير تـرجيح، وظاهر كلامه طالت مدة العارية أو قصرت، وهو كذلك. قاله في منح الجليل[٣].

ثم قال: «وقال بعض المفتين: هو على المعير في الليلة والليلتين، وعلى المستعير فيما زاد عليهما»[٤] اهـ.

ونحوه في التاج والإكليل قال المواق: «وكأنه أقيس والله أعلم»[٥] اهـ.

قلت: وكونه أقيس أمر واضح، قياساً على نفقة العبد المستعار، مع أن المُعير صانع معروف فلا ينبغي أن يكلف غرامة على معروفه. والمستعير غالباً ـ هو الذي يرغب في العارية، فإذا كان يعلم أنها تكلفه أكثر من غلتها فله رفض إعارتها. والله أعلم.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) التاج والإكليل ٥/٢٧٣.
(٣) منح الجليل ٣/٥٠٣.
(٤) المرجع السابق.
(٥) التاج والإكليل ٥/٢٧٣.

بَابٌ فِي الْغَصْبِ

وَالْغَصْبُ أخذُ مَالٍ قَهْراً تَعَدِّيّاً بِلاَ خَوْفِ قَتْلٍ، وضُمِنَ بالاسْتِيلاَءِ وَلَوْ هَلَكَ بِسَمَاوِيٍّ.

* * *

الغصب لغة: أخذ الشيء ظلماً، والاغتصاب: يطلق على إكراه المرأة على الزنا. قال في الصحاح: «غصب الشيء: أخذه ظلماً والاغتصاب مثله». وقال في اللسان: الغصب: «أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً، وفي الحديث: أنه غصبها نفسها: أراد أنه واقعها كرهاً فاستعاره للجماع».

وهذا المعنى اللغوي: لا يختلف مع تعريفه الشرعي الذي ذكر المنصف بقوله: «أخذ مال قهراً تعدياً بلا خوف قتل». فخرج بقوله: «أخذ مال» أخذ منفعة فلا يسمى غصباً، وإنما يسمى تعدياً، وخرج بقوله: «قهراً» ما أخذ اختياراً كالهبة والصدقة، وما أخذ سرقة وخلسة، لأن السارق حال الأخذ لم يكن معه قهر. وخرج بقوله: «بلا خوف قتل» ـ ما أخذ على وجه الحرابة. أي ما أخذ بإشهار السلاح في محل يعسر فيه الغوث[1].

وسيأتي توضيح كل من ذلك في باب مستقل به إن شاء الله.

والأصل في تحريم الغصب الكتاب والسنة والإجماع.

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٨١ ـ ٥٨٣.

أما الكتاب فقـال تعالى: ﴿ولاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ وتُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾(١).

قال ابن عطية: «الخطاب لأمة محمد ﷺ» قال: «ويدخل في هذه الآية القمار والخداع والغصوب وجحد الحقائق وغير ذلك»(٢). اهـ.

وأما السنة ففي صحيح مسلم من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا...»(٣) ومثله في الصحيحين من حديث أبي بكرة(٤).

وأما الإجماع فقال ابن حزم: «واتفقوا أن أخذ أموال الناس كلها ظلماً - لا يحل» ومثله في المغني لابن قدامة(٥).

وقوله: «وضمن بالاستيلاء» يعني أن الغاصب المميز يضمن الشيء المغصوب بمجرد استيلائه عليه أي الحيلولة بينه وبين مالكه، وحوزه له؛ فيضمنه، ولو تلف بسماوي أو بجناية غيره عليه(٦).

* * *

وَالآكِلُ -عَالِمـاً- غَاصِبٌ، كَغَيـرِهِ إِنْ لَم يُمْكِنْ إِغْرام الْغَاصِب، كَمُكرِهٍ غيرَهُ، ودالٍّ لِصّاً وظَالِماً.

* * *

(١) البقرة: ١٨٨.

(٢) المحرر الوجيز ٢/١٣٢.

(٣) صحيح مسلم ٢/٨٨٩.

(٤) بلوغ المرام ص ١٨٤.

(٥) مراتب الإجماع ص ٦٧ والمغني ٥/٢٣٨.

(٦) التاج والإكليل ٥/٢٧٦.

يعني أن من أكل من طعام غصبه غيره وهو يعلم أنه مغصوب، فإنه يضمن لرب الطعام ما أكل من طعامه.

كما يضمن الآكل غير العالم بالغصب، إن كان ملياً ولم يمكن إغرام الغاصب لعدمه، فإن كان الغاصب ملياً مُقدوراً على استيفاء الحق منه بُدىء بتغريمه، فإن كانا معسرَيْن معاً اتبع أولهما يساراً.

وقوله: «كمُكرِه غيره» إلخ يعني أن من أكره غيره على إتلاف مال للغير، أو دل لصاً أو ظالماً على أخذ مال من ربه، فإنه أي المكرِه (بالكسر) يضمن، وكذلك دال اللّص والظالم يضمن، إلا أنه يقدم المباشر على غيره إن أمكن، فيقدم المُكرَه (بالفتح) على المكرِه (بالكسر)، ويقدم اللِّص والظالم على الدال.

ومثل ذلك من حفر بئراً تعدياً، بأن حفرها في طريق الناس[1] أو في ملك غيره بلا إذن أو في ملكه بقصد الإضرار بالناس فإنه يضمن أي شيء تردَّى فيها، وأما إن حفرها في ملكه بلا قصد إضرار فلا يضمن ويكون ما تردى فيها هدراً.

لكنه في حالة ضمان الحافر فإن المُردِي يقدم في الضمان عليه، فمن حفر بئراً تعدياً وأسقط فيها غيرُه حيواناً أو إنساناً، فإن الذي أسقطه في البئر يقدم على حافرها، لأن المباشر يقدم على المتسبب[2].

* * *

فَيَرُدُّ المغصوبَ أو مِثْلَ المِثْلِيِّ أو قِيمَةَ المُقَوَّمِ إن فَاتَ بِكَنَسْجٍ أو صِيَاغَةٍ.

* * *

(١) الشرح الصغير ٣/٥٨٥ - ٥٨٧.
(٢) المرجع السابق.

يعني أن الغاصب يجب عليه رد المغصوب بعينه إن لم يفت، فإن فات رد مثل المثلي كحب ونقد، سواء كان قد غلا بعد الغصب أو كسد، فإن عدم المثلي صبر ربُّه لوجوده في القابل، وله أخذ ثمنه إن عجل دفع الثمن، وإلا منع، لما فيه من فسخ دين في دين[1].

أما المقوم ـ كعرض وحيوان ـ فإن على الغاصب أن يرد قيمته إن فات. ومثل المصنف للفوات بالنسج والصياغة، فالمغزول يفوت بالنسج وأحرى القطن الخام، وكذلك الذهب والفضة تفيتهما الصياغة كقطعة من ذهب أو فضة صيغت حلياً أو آنيةً.

والفوات في الحيوان بتغير ذات المغصوب بهزال أو عور ونحوهما من كل ما ينقص المغصوب، وأحرى تلفه[2].

والأصل في وجوب رد المغصوب بعينه إن لم يفت ـ حديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً، وأخرجه أبو داود والترمذي وحسنه بلفظ: «حتى تودي» والحسن مختلف في سماعه من سمرة»[3]. وأخرجه البيهقي بلفظ: «حتى تؤديه». وترجم له بقوله: «باب رد المغصوب إذا كان باقياً»[4].

أما رد مثل المثلي فالأصل فيه ما في الموطإ عن مالك أنه قال «فيمن استهلك شيئاً من الطعام بغير إذن صاحبه، فإنما يرد على صاحبه مثل طعامه، بمكيلته من صنفه، وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة، إنما يرد من الذهب الذهب، ومن الفضة الفضة»[5] اهـ.

---

(١) الشرح الصغير ٣/٥٨٨ ـ ٥٩٢.
(٢) المرجع السابق.
(٣) تلخيص الحبير ٣/٥٣ ومختصر سنن أبي داود ٥/١٩٧ ـ ١٩٨.
(٤) السنن الكبرى ٦/٩٥.
(٥) الموطأ ٢/٧٣٥.

وروى البيهقي نحوه عن الشعبي، ورواه ابن حزم في المحلى من طريق عبد الرزّاق عن أبي إسحاق الشيباني[1].

وأما رد قيمة المقوم إن فات فالأصل فيه ما أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شِرْكاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»[2].

وجه الاستدلال أن العبد من المقومات وأُلزِمَ مُعتِقٌ بعضه القيمة، ولم يُلزَم المثل، ومثل العبد غيره من المقومات.

وعلى ذلك عمل أهل المدينة، قاله مالك في الموطإ[3].

وبه قال الثلاثة، أي أن الغاصب يجب عليه رد المغصوب بعينه إن كان قائماً، وإن فات رد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان مقوماً[4].

* * *

<u>ويردُّ غلةَ ما نَشَأ من كَثَمَرةٍ وأُجْرةَ ما اسْتَعْمَل، وَالنَّفَقَةُ في الغَلّةِ، وحَيْثُ إغرامُ القيمةِ فالغلةُ له.</u>

* * *

يعني أن الغاصب يجب عليه رد ما نشأ عنده من غلة للمغصوب ولو لم يستعمله كثمر شجر أثمر عنده أو حيوان نتج عنده أو لبن حلبه. كما أن

(١) السنن الكبرى ٦/٩٦ والمحلى ٨/١٤٠.
(٢) الموطأ ٢/٧٧٢ وتلخيص الحبير ٤/٢١٢.
(٣) الموطأ ٢/٧٧٢.
(٤) الهداية ٤/١١ - ١٢ والمهذب ١/٣٦٧ - ٣٦٨ والمغني ٥/٢٣٨ - ٢٣٩.

عليه أجرة ما استعمل كدار سكنها أو أجرها. أما ما لم يستعمل من ذلك فلا شيء عليه فيه، ولو فوت على ربه استعماله على المشهور.

وإذا أنفق الغاصب على المغصوب بكعلف دابة أو سقي شجر فإنه يأخذ النفقة من غلة المغصوب، فإن تساوت الغلة والنفقة فلا شيء لواحد منهما على الآخر، وإن كانت الغلة أكثر رد الزائد لربه، وإن كانت النفقة أكثر فلا رجوع للغاصب بشيء، كما لا يرجع بشيء إذا لم يكن للمغصوب غلة أصلاً وأنفق عليه.

والأصل في ذلك كله ما في المدونة، ففيها: «أرأيت إن اغتصبت من رجل نخلاً أو شجراً أو غنماً أو إبلاً، فأثمرت الشجر عندي وتوالدت الغنم أو الإبل، فجززت أصوافها وشربت ألبانها وأكلت سمونها وجبنها، ثم قدم ربها فاستحقها، أله أن يضمنني ما أكلت من ذلك، ويأخذها مني بأعيانها في قول مالك؟ قال: نعم إلا ما كان من ذلك يكال أو يوزن فعليه مثل مكيلته أو وزنه.

قلت: فإن كانت قد ماتت أله أن يضمنني قيمتها وقيمة ما أكلت منها في قول مالك؟ قال: لا، لأنه بلغني عن مالك أنه قال لو أن رجلاً غصب دابة أو جارية فولدت عنده أولاداً، ثم هلكت الأم فأراد ربها أن يأخذ ولدها وقيمة الأم منه، لم يكن ذلك له، وإنما له قيمة الأم ويسلم الأولاد، أو يأخذ الأولاد ولا قيمة له في الأمهات، فكذلك ما أكل أو باع إذا ماتت أمهاتها، فإنما له قيمة أمهاتها أو الثمن الذي باع به، أو قيمة ما أكل بمنزلة ما لو وجد أولادها وقد هلكت أمهاتها، فما أكل أو باع فهو بمنزلة الأولاد إذا وجدهم، وهو رأيي الذي آخذ به»[1] اهـ.

وقال أبو حنيفة: «لا يضمن الغاصب منافع المغصوب، فمثلاً إذا سكن داراً غصبها، فليس عليه رد أجرتها معها، وإنما يدفع معها ما نقصها به

(١) المدونة الكبرى ٤/١٨٣.

سكناه، أما الثمرة والولد فأمانة في يد الغاصب، ولا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيهما أو يطلبهما مالكهما فيمنعه إياهما»[1].

وقال الشافعي وأحمد: يضمن منافع ما غصبه، إن كان لها أجر، سواء استعملها أو عطلها، كما يضمن الثمرة والولد ولو تلفا بأمر سماوي، وإذا هلكت الأم أو الولد غرم الغاصب قيمة الهالك ورد الموجود مع قيمة ما هلك[2].

* * *

وَالمشْتَرى مِنْهُ وَوَارِثُهُ ومَوْهُوبه مِثْلُه إن عَلِمُوا، وإلاَّ فَالغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي، لا لِوَارِثٍ، ويَفُوزُ بِهَا الموهوبُ إن أمكنَ الأَخْذُ مِنَ الغَاصِبِ، ولا يَضْمَنُونَ السَّمَاوِيَ.

* * *

يعني أن من اشتري مالاً مغصوباً أو وصل إليه بإرث أو هبة، وعلم بأن المال مغصوب ـ فإنه يعتبر مثل الغاصب، فيرد المغصوب لصاحبه بعينه إن لم يفت، فإن فات رد مثل المثلي وقيمة المقوم حسبما تقدم في الغاصب نفسه.

وأما إن لم يعلم المشتري أو الوارث أو الموهوب له بالغصب فإن المشتري يفوز بالغلة لأنه ذو شبهة، والغلة لذي الشبهة حتى الحكم، أي حتى يحكم بالمغصوب لربه.

ولا يفوز الوارث بالغلة مطلقاً، أما الموهوب له فيفوز بالغلة إن أمكن

(١) الهداية ٤/١٩ ـ ٢٠.

(٢) المهذب ١/٣٦٧ ـ ٣٧٠ والمغني ٥/٢٦٠ ـ ٢٧٢ ورحمة الأمة ٢١٨ ـ ٢١٩.

أخذها من الغاصب، وإلا فلا يفوز بها بل تؤخذ منه إن تعذر أخذها من الغاصب(١).

وهذا التفصيل الذي ذكر المصنف في شأن من آل إليه المغصوب عالماً بغصبه، ومن آل إليه بغير علمه، ذكره ابن عاصم بقوله:

«والغرمُ وَالضَّمانُ معْ علم يَجبْ   على الذي انْجَرَّ إليه مَا غُصِبْ
بإرثٍ أو من واهبٍ أو بائع   كالمتعدِّي غاصبِ المنافع
وشبهةٌ كالملك في ذا الشان   لقوله: «الخراج بالضمان»(٢)

وحديث: «الخراج بالضمان» أخرجه الإمام أحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذي كما صححه الحاكم ـ عن عائشة مرفوعاً(٣).

وقوله: «ولا يضمنون السماوي» يعني أن مشتري المغصوب ووارثه أي وارث المغصوب، والموهوب له ـ لا يضمنون المغصوب من السماوي إذا لم يعلموا بغصبه، أما إذا كانوا يعلمون الغصب فإنهم يضمنون السماوي كالغاصب نفسه، وأما غير السماوي فيضمنه من علم بالغصب ومن لم يعلمه يوم الجناية على المغصوب(٤).

تنبيه: يملك الغاصب المغصوب إن اشتراه من ربه أو ورثه عنه، أو حُكم عليه بغرمه لضياع ثم وجده.

والقول للغاصب في دعوى تلف المغصوب، وفي دعوى قدره وجنسه بيمين إن كانت دعواه مشبهة، لأنه غارم، وإن لم تشبه دعواه فالقول لربه بيمين. وإذا تبين كذب الغاصب في تلف المغصوب رد له ربه ما أخذ منه

(١) الشرح الصغير ٣/٦٠٢ ـ ٦٠٣.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٣٠٩.
(٣) فيض القدير على الجامع الصغير ٣/٥٠٣ ـ ٥٠٤ والمستدرك ٢/١٥.
(٤) الشرح الصغير ٣/٦٠٥ ـ ٦٠٦.

وأخذ شيئه بعينه. وإذا تبين كذبه في قدر المغصوب أو صفته رجع عليه ربه بزائد ما أخفاه فقط.

تنبيــه: يجب تأديب الغاصب باجتهاد الحاكم، ولو صبياً مميزاً لحق الله تعالى، وقيل: لا يؤدب الصبي المميز لحديث: «رفع القلم عن ثلاثة». وذكر فيهم الصبي. أخرجه أحمد والأربعة إلا الترمذي وصححه الحاكم، وأخرجه ابن حبان[1].

فالقول بتأديب الصبي المميز إذا غَصب ـ اقتصر عليه خليل فقال: «وأدب مميز»[2] وصدر ابن رشد بعدم تأديبه فنقل عنه المواق قوله: «يجب على الغاصب ـ لحق الله تعالى: الأدب والسجن على قدر اجتهاد الإمام، ليتناهى الناس عن حرمات الله، إلا أن يكون صغيراً لم يبلغ الحلم فإن الأدب يسقط عنه، لحديث: «رفع القلم عن ثلاثة» «فذكر فيهم الصبي حتى يحتلم» وقيل: إن الإمام يؤدبه كما يؤدب الصبي في المكتب»[3] اهـ.

ولا قطع على الغاصب إجماعاً، قال في مراتب الإجماع: «واتفقوا أنه لا قتل ولا قطع على غاصب»[4] وقال في الكافي: «الغاصب ـ وإن كان في الظلم كالسارق ـ فإنه لا قطع عليه، ولا على المختلس، كما أنه لا قطع على الخائن وإن كان ظالماً، وهذه أصول قد تعبدنا الله بها، وعلينا التسليم لأمره»[5].

ويُؤدَّب من ادعى الغصب على من اشتهر بالصلاح أو كان ممن لا يتهم بالغصب، لدينه وورعه. وظاهر كلام خليل: أنه يؤدب مطلقاً وإن لم يكن على وجه المشاتمة، وفي النوادر: «يؤدب المدعي على غير المتهم بالسرقة، إن كان على وجه المشاتمة أما على وجه الظلامة فلا». نقله البناني بحروفه[6].

(١) بلوغ المرام ص ٢٢٨.
(٢) مختصر خليل ص ٢٢٦.
(٣) التاج والإكليل ٥/٢٧٤.
(٤) مراتب الإجماع لابن حزم ص ٦٧.
(٥) الكافي ٢/٨٤٠.
(٦) حاشية البناني على الزرقاني ٦/١٣٧.

أما من ادعاه على فاسق فلا يؤدب كما لا يؤدب من ادعاه على مجهول حال، وهو الذي لا يعرف بخير ولا شر.

ويحلف الفاسق إن لم تكن للمدعي بينة فإن لم يحلف ضمن إن حلف المدعي[1]. أما مجهول الحال ففي حلفه قولان. ذكرهما خليل في مختصره من غير ترجيح[2].

* * *

والمُتعدِّي: مَن تصَرَّف في شَيْءٍ بِغَيْر إِذْنِ رَبهِ وَلَمْ يَقْصد تَمَلُّكَهُ. ويَضمَنُ الغلَّةَ وَلَوْ لَمْ يَسْتَعْمِلْ، ولاَ يَضمَنُ السَّمَاوِيَّ. فَإِنْ تَعَدَّى مُسْتَعِيرٌ أو مُسْتَأجِرٌ في الْمسَافةِ كثيراً ضَمِنَ حَتَّى السَّمَاوِيَّ.

* * *

يعني أن المتعدي هو الذي يتصرف في مال بغير إذن ربه، دون قصد التملك، فهو غاصب المنفعة لا الذات، أو الجاني على بعض أجزاء الذات أو كلها بلا نية تملك ذاتها[3].

ويضمن المتعدِّي الغلة ولو لم يستعملها، أما الذات فلا يضمنها من السماوي، وإنما يضمنها إذا أتلفها أو تسبب في إتلافها ومن ذلك تعدي المكتري أو المتسعير المسافة بلا إذن، بخلاف الغاصب فإنه يضمن السماوي ـ مطلقاً كما تقدم[3].

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٤٤٢.
(2) مختصر خليل ص ٢٢٦.
(3) الشرح الصغير ٣/٦٠٧ ـ ٦٠٨.

وإذا تعدى مستعير أو مستأجر دابة ونحوها فزاد في الحمل أو المسافة على ما أُذِن، فيه أو تعدى بأي وجه، فإن كان التعدي يسيراً وسلمت فلربها كراء الزائد فقط، وإن لم تسلم، أو كان التعدي كثيراً خير بين كراء الزائد أو قيمة الشيء المستعار أو المستأجر. ومعنى هذا أنه في هذه الحالة يضمن السماوي(١).

تتمــة: إذا جنى المتعدِّي جناية أفاتت المقصود من الشيء الذي تعدى عليه ولو خطئاً، فإن ربه مخير بين أخذه مع أخذ ما نقصه، وبين أخذ قيمته. ومثل خليل لما يزيل المقصود بقوله: «كقطع ذنب دابة ذي هَيئة أو أذنها»(٢).

أما إذا لم يُفت المقصود مما تعدى فيه فليس لربه إلا أرش ما نقصه. وذلك كإزالته لبن بقرة أو ناقة. ولو كان اللبن هو المقصود منهما، لأن فيهما منافع غيره(٣).

ومن جنى على عبد أوحر جناية لا قصاص فيها؛ خطئاً كانت أو عمداً ـ فإن عليه قيمة الدواء وأجرة الطبيب، وقيل: لا شيء عليه، ثم إن برىء المجني عليه بُرْءاً فيه ما يشينه غرم الجاني قيمة النقص، وإن برىء على غير شين فلا شيء عليه غير الأدب في العمد. والله أعلم(٤).

---

(١) المرجع السابق ٣/٦٠٨ ـ ٦٠٩.
(٢) مختصر خليل ص ٢٢٨.
(٣) التاج والإكليل ٥/٢٩٢ ـ ٢٩٣.
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٦١٢.

بَابٌ في الإسْتِحقَاقِ

الْمُستحِقُّ: مَنْ قَامَتْ لَهُ بيِّنَة باسْتِحْقَاقِه لمَا بِيَدِ غَيْرِهِ، فَمَن اسْتَحَقَّ أرْضاً وَلَوْ زُرِعَتْ فَلَهُ أخْذُها مَجاناً، إنْ لَم يُنْتَفَعْ بالزَرْع مَقلوعاً وإلاَّ خُيِّر في أَخْذِه بِقيمَته مَقْلُوعاً بَعْدَ المُؤونَةِ، وَإلاَّ أُمِرَ بِقَلْعِهِ وَتَسْوِيَةِ الأرْضِ إنْ لَمْ يَفُتْ الْوَقْتُ الذي تُرَادُ لَهُ، وَإلاَّ لَزِمَ كِراءُ السَّنَةِ، كَذِي الشُّبْهَةِ قَبْلَ الْفَوَاتِ، وبَعْدَه لاَ شَيءَ لِلْمُسْتَحِقِ، لأن الغَلَّةَ لِذِي الشُّبْهَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ كَوَارِثِ غَيْرِ الْغَاصِبِ ومَوْهُوبِهِ وَمشْتَرٍ وَلَوْ مِنْهُ إنْ لَمْ يَعْلَمُوا.

* * *

الاستحقاق لغة: الاستيجاب، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَى أَنَّهُما اسْتَحقَّا إثْماً﴾ أي استوْجباه بالخيانة. قاله في اللسان. وقال ابن عطية: «معناه استوجباه وكانا أهلاً له، فهذا استحقاق على بابه انه استيجاب حقيقة»[1] اهـ.

(١) المحرر الوجيز ٥/٨٨.

أما تعريفه شرعاً فقال ابن عرفة: هو: «رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض»[1]. أي ملك شيء بعد الخصام فيه والحكم به.

وسببــه: قيام بينة على الشيء المستحق أنه ملك للمدعي، ولم يخرج عن ملكه في علمهم.

وشروطه ثلاثة:

١ ـ الشهادة على عينه إن أمكن، وإلا فحيازته.

٢ ـ الإعذار في ذلك إلى الحائز.

٣ ـ يمين القضاء، والمشهور أنها تلزم في غير العقار[2].

وسيأتي إيضاح ذلك في باب القضاء والشهادات إن شاء الله.

أما المستحِق فهو ـ كما ذكر المصنف: من شهدت له بينة باستحقاق ما بيد غيره، وحكم له بذلك.

وقوله: «فمن استحق أرضاً...» إلخ يعني من استحق أرضاً من متعدٍّ أو غاصب بعد أن زرعها ـ فإن كان الزرع لم ينبت أو نبت وكان صغيراً لا يمكن الانتفاع به إذا قُلع ـ فلرب الأرض أخذ الزرع مجّاناً، وإن شاء أمر الزارع بقلعه، ولا شيء للزارع، لحديث: «وليس لعرق ظالم حق». أخرجه مالك من حديث عروة مرسلاً[3]. ووصله ابن عبد البر وصححه[4].

وأخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه من حديث عائشة موصولاً[5]. قال مالك: «والعرق الظالم: كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق»[6].

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٥٣.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ١٥٨/٦.

(٣) الموطأ ٧٤٣/٢.

(٤) شرح الزرقاني للموطأ ٢٩/٤.

(٥) نيل الأوطار ٤٥/٦.

(٦) الموطأ ٧٤٣/٢.

أما إن أمكن الانتفاع بالزرع بعد قلعه ولو لعلف فلمستحق الأرض أمر رب الزرع بقلعه وتسوية أرضه إن لم يفت وقت ما تزرع فيه الأرض غالباً، وله أي للمستحق أخذه ودفع قيمة الزرع مقلوعاً للزارع ويحط من القيمة أجرة قيمة القلع وتسوية الأرض، إن كان الزارع لو كلف به استأجر عليه، أما إذا كان هو الذي يتولى القلع بنفسه أو خدمه أو دابته ونحو ذلك، فلا تحط مؤونة القلع، هذا هو ظاهر المدونة واختاره اللخمي[1].

أما إذا فات الوقت الذي تزرع فيه الأرض فإن الزرع يبقى للزارع وعليه كراء السنة، لمستحق الأرض على الأرجح. وقيل للمستحق قلعه وأخذ أرضه واختاره ابن يونس، وقيل الزرع لرب الأرض ولو طاب وحصد واختاره غير واحد، فكل من الأقوال رُجِّح، والأول أرجح[2].

والقول الأخير يؤيده الحديث المتقدم عن مالك وأحمد وأبي داود والترمذي «وليس لعرق ظالم حق»[3]. كما يؤيده حديث رافع بن خديج مرفوعاً: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته». أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال: حسن غريب[4].

وضعفه الخطابي في معالم السنن، وتعقبه ابن القيم في تهذيبه فأقره[5].

وبالقول الأول الأرجح قال أكثر الفقهاء. قال الخطابي: «والزرع في قول عامة الفقهاء لصاحب البذر، لأنه تولد من غير ماله وتكون معه، وعلى الزارع كراء الأرض، غير أن أحمد بن حنبل، كان يقول: إن كان الزرع قائماً

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦١٤ ـ ٦١٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الموطأ ٢/٧٤٣ ونيل الأوطار ٦/٤٥.
(٤) مختصر سنن أبي داود ٥/٦٤ ـ ٦٥.
(٥) معالم السنن وتهذيب ابن القيم مع مختصر سنن أبي داود ٥/٦٤ ـ ٦٥.

فهو لصاحب الأرض، فأما إذا حصد فإنما يكون له الأجرة»[1] اهـ.

ومثله في المغني[2].

وقوله: «كذي الشبهة قبل الفوات. . .» إلخ يعني أن من زرع أرضاً بشبهة كوارث أو مشتر من غير غاصب، أو من غاصب ولم يعلما بالغصب، أو من مجهول لم يُعلم هل هو متعد أم لا؟ ـ فاستحقها ربها قبل فوات الإبان أي قبل فوات وقت ما تزرع فيه ـ فإن المستحق ليس له إلا كراء السنة، وليس له قلع الزرع لأن الزارع غير متعد، فإن فات الإبان فليس للمستحق شيء لأن الزارع قد استوفى منفعتها. والغلة لذي الشبهة أو المجهول حاله قبل الحكم بالاستحقاق على من هي بيده[3].

ثم مثل لذي الشبهة بقوله: «كوارث غير الغاصب وموهوبه ومشتر ولو من الغاصب» إن لم يعلما «أي الموهوب له والمشتري بأن الواهب له أو البائع له غاصب.

* * *

بِخلَافِ وَارِثِ غَاصِبٍ مُطْلقاً وموُهوبِهِ إنْ تَعَذَّرَ الْأَخْذُ مِن الغَاصِبِ، كَوَارِثٍ طرأ عليْه وَارِثٌ أو ذُو دَيْنٍ إلاَّ إذَا انتَفَعَ بِنفْسِهِ. أيْ وَلَمْ يَعْلَمْ أوعَلِمَ وَاقْتَصَرَ عَلَى قَدْرِ نَصِيبِهِ.

* * *

يعني أن وارث الغاصب يختلف مع ذي الشبهة فلا غلة له مطلقاً سواء علم بأن مورثه غاصب أو لم يعلم، وكذلك الموهوب له إن لم يعلم والحال

(١) المرجع السابق.
(٢) المغني ٢٥٣/٥.
(٣) الشرح الصغير ٦١٥/٣.

أن الغاصب تعذر الغرم منه بأن كان معدماً أو موسراً غير مقدور على الأخذ منه فلا غلة للموهوب له وله الرجوع على الغاصب، أما إذا كان الغاصب موسراً مقدوراً عليه فله الغلة، كما تقدم.

وبخلاف وارث طرأ عليه وارث مثله، فإن الأول لا يستقل بالغلة، بل يتقاسمانها معاً، إلا إذا انتفع المطروّ عليه بنفسه بما ترك الميت، كأن يسكن الدار أو يزرع الأرض بنفسه فلا رجوع للطارىء عليه إن كان غير عالم به، أوْ عَلم واقتصر على نصيبه في السكنى والزراعة. فإن علم بالطارىء وزاد على نصيبه، أو لم ينتفع بنفسه كأن يكري الدار أو الأرض فإنه يغرم للطارىء نصيبه.

ومثل ذلك وارث طرأ عليه مدين للميت، فلا غلة للوارث المطرو عليه، بل يأخذ منه رب الدين الموروث وغلته، وليس له من ذلك إلا ما فضل عن الدين[1].

* * *

وَإِنْ بَنَى أَوْ غَرَسَ ذُو الشُّبْهَةِ قِيلَ لِلْمَالِكِ: ادْفَعْ قِيمَتَهُ قَائِماً، فَإِنْ أَبَى قِيل لِلْبَانِي: ادْفع قيمةَ الأرضِ، فإن أبى فَشَرِيكانِ بِالقيمَةِ يَوْمَ الحُكْمِ، إلاَّ الْمُسْتَحِقَّ بِحبسٍ فَالنُّقضُ.

* * *

يعني أن ذا الشبهة إن بنى في الأرض التي أخذها بشبهة أو غرس فيها، واستحقت منه الأرض قيل لمستحق الأرض: ادفع قيمة البناء أو الغرس قائماً منفرداً عن الأرض فإن قبل فذاك، وإلا قيل للباني أو الغارس ادفع قيمة

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٦١٩ ـ ٦٢١.

الأرض لمستحقها فإن امتنع عن ذلك كانا شريكين، هذا بقيمة أرضه براحا؛ بغير بناء أو غرس، وهذا بقيمة بنائه أو غرسه قائماً بغير أرض.

وتعتبر القيمة يوم الحكم بالشركة، وقيل: إنها تعتبر يوم الغرس أو البناء[1].

وقوله: «إلا المستحق بحبس فالنقض» يعني أن الوجوه الثلاثة المتقدمة في بناءِ أو غرسِ ذي الشبهة - يستثنى منها أن تكون الأرض المستحقة حبساً، فإن ذا الشبهة ليس له فيها إلا النُّقضُ بضم النون أي المنقوض من بناء أو شجر، فله هدم بنائه وقلع شجره والانتفاع بهما فقط «إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً، وليس له أن يعطي قيمة النفقة، ولا يكونان شريكين، لأنه من بيع الحبس». نقله الحطاب عن التوضيح[2].

وهذا إذا لم يوجد متبرع يعطيه قيمة النُّقض، فإن وُجد من يعطيه ذلك دُفع له، ولا امتناع له من ذلك كما صرح بهذا في أحكام ابن سهل. قاله في منح الجليل[3].

* * *

وإن اسْتُحِقَّ بعضٌ فَكَالمَعِيبِ، ورَجَعَ المُسْتَحَقُّ مِنْهُ بِالثمنِ عَلَى بَائِعِهِ إنْ لَمْ يَعْلَمْ صِحَّةَ مُلْكِهِ.

* * *

يعني أن من اشترى معيناً متعدداً في صفقة واحدة كعشرة أثواب أو عشر شياه، ثم استحق بعضها فإن الحكم في ذلك كالحكم في تعيب بعض

(١) الشرح الصغير ٦٢٢/٣ والتاج والإكليل ٣٠٠/٥ - ٣٠١.
(٢) مواهب الجليل للحطاب ٣٠١/٥.
(٣) منح الجليل ٥٧٠/٣.

المبيع. وقد تقدم الكلام على ذلك مستوفى في فصل الخيار وأحكامه عند قول المصنف: «ولا يجوز التمسك بالأقل من معين متعدد لعيب أو استحقاق لأكثره...».

ومعنى ذلك أنه إن كان المستحق وجه الصفقة أي الأكثر تعين نقض البيع لما تقدم أنه لا يجوز التمسك بالأقل إذا استحق الأكثر، وإن كان المستحق غير وجه الصفقة بأن كان هو الأقل فإنه يرجع بحصته على البائع ويتمسك بالباقي.

ويعرف ذلك بالتقويم، لا بالثمن الذي وقع عليه البيع[1].

وقوله: «ورجع المستحق منه بالثمن...» إلخ يعني أن من اشترى سلعة فاستحقت منه فإنه يرجع على بائعها بثمنها الذي خرج من يده، إلا أن يعلم أن الذي باعها له كان يملكها وقت البيع ملكاً صحيحاً، وأن الذي استحقها منه إنما هو ظالمٌ، فحينئذ لا يرجع على البائع بشيء، وتكون المصيبة منه. هذا هو المنصوص لابن القاسم وأشهب وعليه درج خليل بقوله: «كعلمه صحة ملك بائعه»[2].

وقال غير ابن القاسم وأشهب: له الرجوع على البائع قال الحطاب ـ نقلاً عن الشيخ أبي الحسن الصغير: «وقد اختلف إذا كان في عقد الشراء وعلم المبتاع صحة ملك البائع المذكور حين انبرام البيع وانعقاده، فقال ابن القاسم وأشهب: لا يرجع إذا استحق ذلك من يده، وقال غيرهما: يرجع»[3] ورجح الرهوني القول الأخير، وهو أنه يرجع[4].

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٢٥ ـ ٦٢٦.
(٢) مختصر خليل ص ٢٢٩.
(٣) مواهب الجليل ٥/٣٠٦ ـ ٣٠٧.
(٤) حاشية الرهوني على الزرقاني ٦/٢٥١.

بَابٌ في الشُّفْعَةِ

الشُّفْعَةُ اسْتِحْقَاقُ شريكٍ في عَقارٍ مُشاعٍ، كشَجَرٍ أَوْ بِنَاءٍ بأرضِ حبس ـ أخذَ مَا عَاوَضَ به شَريكُهُ بِثَمنِه أَوْ قِيمَتِهِ بِصيغَةٍ. فَلَهُ وَلِوَكِيلِهِ الأَخْذُ جَبْراً، وَلَوَلِيِّ المَحْجُورِ لَهُ، وَلِذِي الحبُس لِيُحَبِّس فيه، لا مُحبِّسٍ عَلَيْهِ، ونَاظِرٍ إن لَمْ يَكُن المَرْجِعُ لَهُمَا. ولاَ لِجَارٍ شَارَكَ في طَرِيقٍ أو بئرٍ.

* * *

الشفعة بضم الشين وسكون الفاء، وقد اختلف في اشتقاقها قال عياض: «قيل إنه من الشفع الذي هو ضد الوتر، لأنه ضم نصيب شريكه إلى نصيبه فصار شَفعاً بعد أن كان وتراً. وقيل من الشفع الذي هو الزيادة، لأنه زاد نصيب شريكه إلى نصيبه، وهذا قريب من الأول». نقله الأبيّ[1].

وقد عرفها ابن عرفة فقال: «الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه»[2]. وهذا قريب مما عرفها به المصنف: «استحقاق شريك في عقار مشاع. أخذ ما عاوض به شريكه بثمنه أو قيمته بصيغة».

(١) إكمال الإكمال ٣٠٧/٤.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٥٦.

فخرج بالشريك غيره كجار فلا شفعة له، وخرج بالعقار غيره من الحيوان والعروض فلا شفعة فيهما، وخرج بالمشاع غيره مما قسم وضربت فيه الحدود، فلا شفعة فيه.

قال مالك في الموطإ: «ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض. إنما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض، فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه»[1] اهـ.

والأصل في ذلك ما في الموطإ وصحيحي البخاري ومسلم ففي الموطإ: «عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه». قال مالك: «وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا»[2].

قال ابن عبد البر: هذا الحديث صحيح معروف عند أهل العلم مستعمل عند جميعهم، لا أعلم بينهم في ذلك اختلافاً»[3]. وفي صحيح البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يقسم فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شفعة»[4].

وفي صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شِرك في أرض أو رَبْع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يُؤْذنه»[5].

---

(١) الموطأ ٢/٧١٨.

(٢) الموطأ ٢/٧١٣.

(٣) التمهيد ٧/٤٥ ـ ٤٦.

(٤) صحيح البخاري ٢/٧٨٧.

(٥) صحيح مسلم ٣/١٢٢٩.

فهذه الأحاديث تدل على أنه لا شفعة للجار، وإنما هي للشريك كما أسلفنا عن مالك. وحكى ابن المنذر الإجماع على إثباتها للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[1]. وبه قال الشافعي وأحمد[2] وقال أبو حنيفة: إنها تكون للشريك ثم للجار، قاله في اللباب[3].

واستدل أبو حنيفة بحديث: «الجار أحق بصَقَبه». أخرجه البخاري عن أبي رافع مرفوعاً[4] والصَّقَبُ بالصاد وبالسين: القرب، يقال: سقبت الدار وأسقبت، أي قربت. قاله في النهاية، قال: «ويحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار، وإن لم يكن مقاسماً»[5].

واستدل أيضاً بحديث: «الجار أحق بشفعة جاره، يُنتظر بها، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً». أخرجه أصحاب السنن عن جابر مرفوعاً، وقال الترمذي: حسن غريب[6]. . .

وقوله: «كشجر أو بناء بأرض حبس» يعني أن الأرض المحبسة إذا استُؤجرت وبنى فيها المستأجر أو غرس بإذن الناظر فإن المستأجرين إذا تعددوا وباع أحدهم فللآخر الشفعة.

وقوله: «أخذَ ما عاوض به شريكه» يعني أن الشفعة لا تكون إلا فيما بيع بعوض، فيرد الشفيع للبائع الثمن الذي وقع عليه البيع إن كان متمولاً، فإن كان غير متمول كخلع فإنه يرد له قيمة الشقص كما سيأتي: أما ما كان عن صدقة أو إرث أو هبة لغير ثواب فلا شفعة فيه.

---

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٩٥.
(٢) مغني المحتاج ٢/٢٩٧ والمغني ٥/٣٠٨.
(٣) اللباب ٢/١٠٦.
(٤) صحيح البخاري ٦/٢٥٥٩.
(٥) النهاية ٢/٣٧٧.
(٦) مختصر سنن أبي داود ٥/١٧٠ ـ ١٧١ وسنن الترمذي ٢/٤١٢.

قال مالك في الموطإ: «من وهب هبة في دار أو أرض مشتركة، فلم يُثب منها ولم يطلبها، فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له، مالم يُثب عليها، فإن أثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب»[1].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[2].

ولا بد للشفعة من صيغة، وهي ما يدل على الأخذ من قول أو غيره.

وقوله: «فله ولوكيله. . .» إلخ يعني أن للشريك المستحق للشفعة أو وكيله ـ الأخذ بها، رضي المشتري أو لم يرض، كما أن لولي المحجور أن يأخذ بها لمحجوره صبياً كان أو مجنوناً أو سفيهاً.

وحكى ابن المنذر الإجماع على أن لولي الصبي الأخذ له بالشفعة. قال: وانفرد الأوزاعي فقال: حتى يبلغ الصبي فيأخذ لنفسه[3].

وكذلك صاحب الحبس ـ وهو المحبِّس الذي حبس حصته قبل بيع شريكه ـ فله الأخذ بالشفعة ليحبس الشقص الآخر في مثل ما حبس فيه الأول، أما إذا لم يقصد التحبيس فليس له الأخذ بالشفعة، كما أنه لا شفعة للمحبَّس عليه ولا لناظر الحبس، إلا إذا كان المرجع لهما بأن كان الحبس موقتاً، كأن يحبس على جماعة مدة معلومة، ثم بعد ذلك يرجع لفلان ملكاً فله حينئذٍ الأخذ بالشفعة[4].

ولا شفعة لجار شارك في طريق خاص بين الشريكين يصل إلى دار كل منهما أو يصل إلى جنانه، فإذا باع أحد الجارين داره فلا شفعة فيها للآخر. قال الحطاب: «من المدونة: ولا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها، ولا بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة

(١) الموطأ ٢/٧١٤.

(٢) مغني المحتاج ٢/٢٩٨ واللباب ٢/١١٤ والمغني ٥/٣١٥.

(٣) الإجماع لابن المنذر ص ٩٥.

(٤) الشرح الصغير ٣/٦٣١ ـ ٦٣٢.

له فيها»(١) اهـ. وتقدم الدليل على عدم شفعة الجار، وأن أبا حنيفة قال بها وتقدم دليله.

ولا شفعة في بئر لا أرض لها مشاعة، كما لا شفعة في فحل النخل، لما في الموطإ: «أن عثمان بن عفان قال: إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها، ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل، قال مالك: وعلى هذا الأمر عندنا»(٢).

قال الباجي: «وقوله: «ولا شفعة في بئر» يريد ـ والله أعلم ـ بئراً لا أرض لها مُشاعة ولا يُقسم ماؤها، وإنما هي من آبار الشفة وآبار سقي الأرض، إلا أن الأرض قد بيعت دونها أو قسمت».

ثم قال: «وقوله: ولا شفعة في فحل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يحتاج إليها لتلقيح الحائط، فإن كان الحائط مشتركاً بين أرباب الفحل فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة، وإن لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلقح بها فحكمه حكم النخلة الواحدة. وفي الموازية عن مالك إذا قسم الحائط وبقي الفحل والفحلان ولا يقدر أن يقسم فليس ذلك شفعة، وقال ابن القاسم في المدونة: لا شفعة في النخلة الواحدة، لأنها لا تنقسم، ورواه ابن حبيب عن مطرف في الشجرة...»(٣).

ثم نقل عن ابن الماجشون وأشهب وأصبغ إثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة(٤).

وعليه فإن في إثبات الشفعة فيما لا ينقسم كبئر منفردة وحمام قولان والمشهور أنه لا شفعة فيه(٥).

(١) مواهب الجليل ٥/٣١٢.
(٢) الموطأ ٢/٧١٧.
(٣) المنتقى ٦/٢١٦ ـ ٢١٧.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الشرح الصغير ٣/٦٣٤ ـ ٦٣٥.

وبه قال الشافعي في الأصح عنه وأحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى: أن فيه الشفعة، وهو مذهب أبي حنيفة(١).

* * *

وإنَّما يُؤْخَذُ من طَارِئٍ عاوَضَ وَلَوْ مُنَاقَلَةً أو بِغَيْرِ مُتَمَوَّلٍ، فَلَه أخْذُ الشِّقْصِ بِقيمَتِه، وَإنْ أجِّلَ الثَّمَنُ فبِأجَلِه إن أيْسَرَ أوْ وَثَّقَ أو تَساوَى وَإلاَّ عُجِّل. وتؤْخَذُ بِهَا ثَمْرَةٌ لم تَيْبَسْ وَمَقْثَاةٌ وخُضَرٌ وَلَوْ أُفْرِدَت، لاَ في زَرْعٍ.

* * *

يعني أن الشفعة لا تؤخذ إلا من مشتر طرأ ملكه بعوض ولو كان العوض مناقلة كبيع عقار بمثله كأن يبدل شقصاً له من أرض بشقص لآخر من أرض أخرى.

كما يؤخذ بالشفعة إذا كان العوض غير متمول كدفع شقص في صداق أو خلع أو صلح عن دم عمد ـ فإن الشريك يأخذ بالشفعة ويرد لصاحبه قيمة الشقص، كما تقدم(٢).

وبه قال الشافعي(٣)، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد، فإنهما قالا بعدم الشفعة فيه، لأن العوض إذا كان غير متمول فإنه يكون كالهبة(٤).

(١) مغني المحتاج ٢٩٧/٢ والمغني ٣١٣/٥ واللباب ١٠٩/٢.
(٢) الشرح الصغير ٦٣٤/٣ ـ ٦٣٦.
(٣) مغني المحتاج ٢٩٨/٢.
(٤) اللباب ١١٠/٢ والمغني ٣١٦/٥.

وقوله: «وإن أجل الثمن...» إلخ يعني أن الشريك إذا باع شقصه بثمن مؤجل ـ فإن شريكه: الشفيع يأخذ الشقص بالثمن إلى أجله إن كان موسراً أو وثَّقه بضمان مليء ثقة عليه. أو كان مساوياً للمشتري في العدم، أما إن كان أعدمَ من المشتري ولم يجد مليئاً يضمن عليه فإنه يعجل الثمن وجوباً، وإلا فلا شفعة له.

قال مالك في الموطإ: «في رجل اشترى شقصاً في أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة، قال مالك: إن كان ملياً فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل، وإن كان مخوفاً أن لا يؤدِّيَ الثمن إلى ذلك الأجل، فإذا جاءهم بحميل مليٍّ ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له»(١) اهـ.

وعلى ذلك درج ابن عاصم، قال في التحفة:

«ويلزم الشفيع حال ما اشتري من جنسٍ أو حلول أو تأخرِ
وحيثما الشفيع ليس بالمَلِي قيل له: سُقْ ضامناً أو عجِّل»(٢)

ويه قال أحمد، وقال الشافعي وأبو حنيفة: للشفيع الخيار بين أن يعجل الثمن ويأخذ الشقص المشفوع في الحال، أو يصبر إلى حلول الأجل فيدفع الثمن ويأخذ بالشفعة(٣).

وقوله: «وتُؤخذ بها ثمرة لم تيبس...» إلخ يعني أن الثمار تؤخذ بالشفعة وهي على أصولها ما لم تيبس الثمار، فإن يبست أو زايلت أصولها فلا شفعة فيها قولاً واحداً، ومثل الثمر العنب.

كما أن الشفعة تكون في المقثأة من بطيخ وخيار ونحوهما وتكون في

---

(١) الموطأ ٢/٧١٥.
(٢) البهجة شرح التحفة ٢/١٢٦ ـ ١٢٧.
(٣) المغني ٥/٣٥٠ ومغني المحتاج ٢/٣٠٠١ واللباب ٢/١٢٠.

الباذنجان والقرع ونحوهما مما له أصل تجنى ثمرته، وأصله باق كالفول الأخضر الذي يزرع ليباع أخضر.

وسواء أفردت الثمار وما ألحق بها عن أصلها أو لم تفرد فإن فيها الشفعة على المشهور، لا زرع كقمح وكتان وفول زُرع ليحصد فلا شفعة فيه، ولا في بقل مما ينزع من أصله كجزر وبصل ونحوهما. ولو بيع الزرع أو البقل مع أرضه فلا شفعة فيه(١).

ومسألة الشفعة في الثمار وما ألحق بها هي إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها الإمام مالك: إنه لشيء استحسنه، ولا يعلم أحداً قاله قبله، والثانية: الشفعة في البناء بأرض محبسة أو معارة، وقد تقدم الكلام عليها في هذا الباب. الثالثة: القصاص بشاهد ويمين في الجرح، يثبت كثبوت المال. الرابعة: في الأنملة من الإبهام خمس من الإبل.

ونظمها بعضهم فقال:

وقال مالك بالاختيارِ ... في شُفعة الأَنقاضِ والثمارِ
والجرحِ مثل المالِ في الأحكام ... والخمس في أنملة الإبْهَام(٢)

وقيل: إن الثمار وما ألحق بها لا شفعة فيها، وهو قول ابن الماجشون والمغيرة وابن دينار، وارتضاه ابن عبد البر(٣).

وبالقول الأول المشهور قال أبو حنيفة، أي أن الشفعة تثبت في الثمار ولو بيعت منفردة، قاله في رحمة الأمة(٤). وقال الشافعي: لا شفعة في الثمار إذا بيعت منفردة، وقال أحمد: لا شفعة فيها مطلقاً؛ بيعت مع الأصل أو منفردة(٥).

* * *

(١) المنتقى ٦/٢٠١ ـ ٢٠٣ والشرح الصغير ٣/٦٣٧ ـ ٦٣٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) التمهيد ٧/٥٠ ـ ٥١.
(٤) رحمة الأمة ص ٢٢٣.
(٥) مغني المحتاج ٢/٢٩٧ والمغني ٥/٣١١.

وَلَا شُفعَةَ إنْ قَاسَمَ أو سَاوَمَ أو اسْتَأْجَرَ أو بَاعَ أَوْ سَكَتَ بَعْدَ عِلْمٍ في هَدْمٍ أَوْ بِنَاءٍ وَلَوْ لإِصْلَاحٍ أَوْ سَكَتَ سَنَةً لَا أَقَلَّ وَلَوْ كَتَبَ شَهَادَتَهُ، لَا إِنْ غَابَ قَبْلَ عِلْمِه، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبٍ في الثَّمَنِ أَوْ المُشْتَرِي أَوْ المَبيعِ فَحَلَفَ.

* * *

يعني أن الشفيع تسقط شفعته إذا قاسم المشتري، لما تقدم أنه لا شفعة فيما قسم، كما تسقط الشفعة إذا ساوم الشفيع المشتري، ولا سيما إذا اشترى منه بالفعل، وتسقط أيضاً باستئجار الشفيع الحصة المبيعة من المشتري، كما تسقط الشفعة ببيع الشفيع حصته التي يشفع بها، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر وقد انتفى بالبيع[١].

ولا شفعة إذا علم الشفيع بهدم أو بناء أو غرس من المشتري وسكت بلا مانع ـ عن طلب الشفعة، ولو كان الهدم للإصلاح لأن سكوته يدل على إعراضه عن أخذه بالشفعة[٢].

وتسقط الشفعة إذا سكت الشفيع بلا عذر طيلة سنة كاملة بعد العقد، لا أقل من سنة.

وحتى لو حضر العقد وكتب شهادته فلا تسقط شفعته إلا بمضي السنة المذكورة وما قاربها على الراجح[٣].

(١) الشرح الصغير ٣/٦٤١ ـ ٦٤٢.
(٢) المرجع السابق ٣/٦٤٢ ـ ٦٤٣.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٦٤٣.

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: الشفعة على الفور تثبت لصاحبها إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع ـ بلا عذر ـ وإلا بطلت(١).

وقوله: «لا إن غاب بعد علمه...» إلخ يعني أن الشفيع إذا غاب قبل علمه بالبيع أو كان حاضراً وقت البيع ولم يعلم به ـ فإن شفعته لا تسقط، وله القيام بها أبداً حتى يقدم من سفره، ويعلم، أو يعلم الحاضر فله سنة بعد علمه كما تقدم. قال مالك في الموطإ: «لا تقطع شفعةَ الغائب غَيبتُهُ، وإن طالت غيبته، وليس لذلك عندنا حد تقطع إليه الشفعة»(٢).

وإذا أسقط الشفيع الشفعة بسبب كذب في الثمن كأن يُخبَر أولاً أن الشقص بِيع بألف درهمٍ ثم تبين أنه بِيع بخمسمائة درهم فإن ذلك لا يسقط شفعته.

كما لا تسقط شفعته إذا أسقطها بسبب كذب في المشتري كأن يُخبر أولاً أن قريباً أو فاضلاً هو الذي اشترى الشقص فأسقط الشفعة لذلك ثم تبين غيره، أو كان الكذب في المبيع نفسه بأن قيل له: إن الشريك باع بعض شقصه فترك الشفعة لذلك ثم تبين أنه باع الشقص كله فله القيام بالشفعة. وعليه يمين أنه إنما أسقط بسبب الكذب الذي وقع في المسائل المذكورة.

* * *

وَالْإِسْقَاطُ قَبْلَ العَقْدِ لَغْوٌ، وبَعْدَهُ لِلْمُشترِي مُطَالَبَتُهُ بِهِ أَوْ بِالْأَخْذِ، وَاسْتُعْجِلَ. وَهِيَ عَلَى حَسَبِ الأَنْصِبَاءِ، وإن قَالَ: أَنَا آخُذُ أَجِّل ثَلاثاً فَإِن لَمْ يَنْقُدْ سَقَطَتْ.

* * *

(١) مغني المحتاج ٣٠٧/٢ والمغني ٣٢٤/٥.

(٢) الموطأ ٧١٥/٢.

يعني إن إسقاط الشفيع للشفعة قبل عقد بيع الشقص ـ لغو، لا يمنع الشفيع من طلب الشفعة بعد الشراء، حتى لو علق المشتري شراء الشقص على إسقاط الشفعة ففعل ذلك فله الشفعة، لأنه أسقط مالم يجب له.

ففي المدونة: «قال مالك: إذا قال الشفيع للمبتاع: اشتر فقد سلمت لك الشفعة وأشهد بذلك، فله القيام بعد الشراء، لأنه سلم مالم يجب له بعد» نقله المواق[1].

أما بعد عقد البيع فللمشتري مطالبة الشفيع بإسقاط الشفعة أو الأخذ بها، واستُعجل الشفيع، أي للمشتري استعجاله بالأخذ أو الترك، فإن أبى جبره الحاكم، ولو قال: أمهلوني للتروي فلا يؤخر، على المشهور، فإن أجاب بشيء وإلا أسقطها الحاكم: قال في التحفة:

«وليْس للشفيع مِن تأخِيرِ   في الأخْذِ أو في التَّركِ في المشهُورِ»[2]

وقوله: «وهي على حسب الانصباء..» يعني أن الشفعة عند تعدد الشركاء تكون على حسب حصصهم، لا على رؤوسهم إلا إذا تراضوا على ذلك. قال مالك في الموطإ: «الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم، يأخذ كل إنسان منهم بقدر نصيبه، إن كان قليلاً فقليلاً، وإن كان كثيراً فبقدره، وذلك إن تشاحوا فيها»[3] اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد في أصح قوليهما، وفي رواية لهما أنها على الرؤوس وهو المذهب عند أبي حنيفة[4].

ويملك الشفيع الشقص المبيع بأحد أمور ثلاثة:

---

(١) التاج والإكليل ٥/٣٢٥ ـ ٣٢٦.
(٢) البهجة شرح التحفة ٢/١٢١.
(٣) الموطأ ٢/٧١٥.
(٤) مغني المحتاج ٢/٣٠٥ والمغني ٥/٣٦٣ واللباب ٢/١١٦.

أحدها: أن يحكم له به حاكم بعد ثبوت البيع عنده،

وثانيها: أن يدفع ثمن الشقص أو قيمته للمشتري،

وثالثها: أن يُشهِد بالأخذ بشفعته ولو في غيبة المشتري.

فإذا وُجد واحد من هذه الأمور الثلاثة دخل الشقص في ملك الشفيع، وإلا فلا تصرف له فيه بوجه من وجوه الملك(١).

وقوله: «وإن قال: أنا آخذُ...» إلخ يعني أن الشفيع إذا قال: أنا آخذُ بالشفعة بصيغة المضارع أو أنا آخِذٌ بها بصيغة اسم الفاعل أُجِّلَ ثلاثة أيام ليأتي بالثمن فإن أتى به فيها أخذ بها وإلا سقطت شفعته.

أما إن قال: أخذت بالماضي وعرف الثمن فإن الشفعة تمضي بالفعل، ويملك الشفيع الشقص، فإن أتى بالثمن فذاك وإلا أُخِذ من ماله ولو أدى ذلك إلى بيع الشقص نفسه(٢).

ومحل ذلك إن سلم المشتري، بأن قال: سلمت لك بعد قول الشفيع: أخذت، أما إن امتنع المشتري أو سكت فإن عجّل الشفيع الثمن أخذ الشقص جبراً وإلا أسقط الحاكم الشفعة(٣).

* * *

وَقُدِّمَ الأَخَصُّ ـ وهو المشارِكُ في السَّهْمِ ، وَإنْ كَأُخْتٍ لأب مَعَ شقِيقَةٍ، ودَخَل عَلَى الأَعَمِّ كَوَارِثٍ أي تَدْخُلُ كَالأُخْتِ على

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٤٧ ـ ٦٤٨.

(٢) المرجع السابق ٣/٦٤٨ ـ ٦٤٩.

(٣) الشرح الصغير ٣/٦٤٨.

أَحَدِ عَمَّيْها عَلَى مُوصىً لَهُمْ، أيْ إِذَا بَاعَ أَحَدُ المُوصَى لَهُمْ فَلِلْوَارِثِ الدُّخُولُ مَعَهُمْ.

* * *

يعني أن الأخص في الشركة ـ وهو المشارك في السهم، أي الفرض ـ يقدم في الأخذ بالشفعة على غيره من الشركاء، ولو كان أحد المشاركَيْن في السهم أقل من الآخر نصيباً، كأختٍ لأب تأخذ سدساً مع شقيقة تأخذ نصفاً فإذا باعت إحداهما نصيبَها فإن الأخرى تختص بالشفعة دون غيرها من سائر الورثة. لأن فرضهما واحد وهو الثلثان.

وقوله: «ودخل على الأعم. .» إلخ يعني أن الأخصَّ يدخل على الأعم وهو غير المشارك في السهم عاصباً كان أو غيره.

فإذا مات رجل عن بنت وأخوين، وباع أحد الأخوين نصيبه فإن البنت تدخل في الشفعة ولا يختص بها عمها الذي لم يبع نصيبه[1].

وقوله: «كوارث على موصى لهم. .» إلخ يعني أن الوارث ذا سهم كان أو غيره ـ يعتبر أخص بالنسبة للموصَى لهم فإذا ترك الميتُ ورثة داخلين على موصى لهم بعقار وباع أحد الموصى لهم نصيبَه فإن الورثة يشاركون الموصى لهم في الشفعة، ولا عكس؛ فإذا باع أحد الورثة نصيبه فإن الموصى لهم لا يشاركون الورثة في الشفعة على المشهور[2].

وكما أن الوارث أخص من الموصى لهم ويقدم عليهم، فإن الموصى لهم يقدمون على الأجنبي الذي ليس وارثاً ولا موصى له. قال مالك: «لو ترك داراً بينه وبين رجل وورثته عصبة، فباع أحدهم حصته قبل القسمة،

(١) الشرح الصغير ٣/٦٥٠ ـ ٦٥١.
(٢) المرجع السابق.

فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي لأنهم أهل مورث». نقله في منح الجليل[1].

وعليه فالمراتب أربع وهي: ذو السهم، فالوارث ذا فرض كان أو عاصباً، فالموصى لهم، فالأجنبي.

وقيل خمس وهي: المشارك في السهم، فذو الفرض، فالعاصب، فالموصى له، فالأجنبي[2].

والأصل في تقديم الأخص عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك في الرجل يُورِّث الأرض نفراً من ولده ثم يولد لأحد النفر، ثم يهلك الأب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض، فإن أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاءِ أبيه. قال مالك: وهذا الأمر عندنا»[3] اهـ.

تنبيه: إذا تعدد بيع الشقص الذي فيه الشفعة - فإن للشفيع أن يأخذ بأي بيع شاء. قال في الكافي: «وإذا بيع السهم الذي فيه الشفعة مراراً فللشفيع أن يأخذ بأي الصفقات شاء، فإن أخذه بالصفقة الأخيرة صحت الصفقات التي قبلها، وإن أخذه بالصفقة الأولى بطلت الصفقات التي بعدها، اتفقت الأثمان أو اختلفت، والاختيار إليه في العهدة والثمن، وإن أخذه بصفقة وسطى صح ما قبلها من الصفقات وبطل ما بعدها»[4] اهـ.

وقوله: «والاختيار إليه في العهدة والثمن» يعني أن الشفيع له الخيار فيمن يأخذ بشرائه وبالثمن الذي دفع في الشقص قل أو كثر، كما أن عهدة ما يُدرِكُ المبيعَ من عيب أو استحقاق على من أخذ بشرائه فيرجع إليه عند ظهور عيب أو استحقاق.

---

(١) منح الجليل ٣/٦١٢.
(٢) الشرح الصغير ٣/٦٥٢.
(٣) الموطأ ٢/ ٧١٥.
(٤) الكافي ٢/٨٥٩.

ومحل كون الشفيع يأخذ بأي بيع شاء عند تعدد البيعات ـ إذا لم يعلم بتعددها أو علم وهو غائب أما إذا علم بها وكان حاضراً فإنما يأخذ بالأخيرة منها لأن سكوته مع علمه بتعدد البيع دليل على رضاه بشركة ما عدا الأخير. قاله الصاوي[1].

أما الأئمة الثلاثة فتقدم أن الشفعة عندهم على الفور، لا على التراخي فإذا لم يُطالب الشفيع ساعة علمه بالبيع بلا عذر بطلت شفعته[2].

* * *

وَالغَلَّةُ قَبْلَهَا لِلْمُشْتَرِي، كَالْكِرَاءِ لإِمْضَائِه، أي لأَنَّ كِرَاءَهُ مَاضٍ، ولاَ يَضْمَنُ نَقْصاً لَيْسَ مِن سَبَبِهِ.

* * *

يعني أن غلة الشقص المبيع ـ قبل الأخذ بالشفعة ـ للمشتري، لأن الضمان منه، والغلة بالضمان لحديث: «الخراج بالضمان» وتقدم تخريجه[3].

كما أن الكراء للمشتري، ولو بعد الأخذ بالشفعة حتى تنتهي مدة الكراء، وليس للشفيع فسخه على الأرجح، قاله في الشرح الصغير، قال: «وهذا ظاهر فيما إذا كان وجيبة أو نقد المُكري الكراء، وظاهره: ولو طالت المدة كعشرة أعوام، وبه وقعت الفتوى، لأنها كعيب طرأ، وقيل: إن كانت المدة قليلة كالسنة والسنتين لما في الطويلة من الضرر»[4] اهـ.

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٦٥٢ ـ ٦٥٣.
(٢) مغني المحتاج ٢/٣٠٧ والمغني ٥/٣٢٤.
(٣) انظر الجزء الثالث من هذا الكتاب (تبيين المسالك) ص ٣٥٥.
(٤) الشرح الصغير ٣/٦٥٤.

ومقابل الأرجح أن للشفيع فسخ الكراء مطلقاً، فإن أمضاه فالأجرة له أي الشفيع في المستقبل(١).

ولهذاالخلاف تردد خليل فقال: «وفي فسخ عقد كرائه تردد»(٢).

وقوله: «ولا يضمن نقصاً ليس من سببه». يعني أن المشتري لا يضمن ما طرأ على الشقص من نقص ليس من سببه، بأن كان من سماوي أو كان منه وفعله لمصلحة، أما إن فعل ذلك لغير مصلحة بأن هدم البناء عبثاً فإنه يضمنه، سواء علم أن له شفيعاً أم لا، لأن الخطأ كالعمد في أموال الناس.

وإذا هدم المشتري وبنى لمصلحة فله قيمة البناء قائماً يوم الأخذ بالشفعة، لأنه غير متعدٍّ، وللشفيع نُقض البناء الأول أي قيمته منقوضاً يوم الشراء(٣).

أما إذا عمر المشتري بالبناء أو الغرس أو الحفر دون هدم ما كان قبله، فإن الشفيع إذا أعطى للمشتري قيمة ما عمر من الأرض كان أحق بالشفعة، وإلا فلا حق له فيها. قاله في الموطإ(٤).

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: يكلف المشتري القلع ولا شيء له، لأنه بنى فيما اسْتحق غيره أخذه، فأشبه الغاصب.

قاله في المغني(٥).

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مختصر خليل ص ٢٣٢.

(٣) شرح الزرقاني لخليل ٦/١٩٠ والشرح الصغير ٣/٦٥٤ ـ ٦٥٥.

(٤) الموطأ ٢/٧١٦.

(٥) المغني ٥/٣٤٤ ـ ٣٤٥.

بَـابٌ فـي القِسْمَـةِ

القِسمةُ قُرْعةٌ ومُرَاضَاةٌ ـ وَهُمَا في الأَصْلِ ـ وَمُهَايَأَةٌ وهِي في المنْفَعةِ. فأمَّا القُرعة فهي الأصل وعليهَا يُجْبَرُ مَنْ أبى ـ إن انتفَعَ كلٌّ ولا فَسَادَ أوْ منعَ كَيَاقوتَةٍ أو ثمرٍ وإن مَعَ أصْلِهِ فلا يُقسَمُ جِنسٌ أوْ صِنْفٌ مَعَ غَيْرِهِ كبُسْتَانٍ مَعَ دَارٍ أو بُر مَعَ أُرُزٍّ، أوْ أوَانِيَ مَعَ فُرُشٍ.

* * *

القسمة: تفرقة المال بين الشركاء، قال في اللسان: «تقاسما المال واقتسماه، والإسم: القسمة مؤنثة، وإنما قال تعالى: ﴿ فَارْزُقُوهُمْ مِنهُ ﴾ بعد قوله تعالى: ﴿ وإذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ ﴾ لأنها في معنى الميراث والمال فذُكِّر على ذلك».

وهذا التعريف لا يختلف عن تعريفها الشرعي، قال في أقرب المسالك: «تعيين نصيب كل شريك في مشاع: عقار أو غيره»[1].

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٥٩.

والأصل في مشروعية القسمة قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أُوْلُوا القُرْبَىٰ وَاليَتَامَىٰ وَالمَسَاكِينُ فارْزُقُوهُمْ مِنهُ﴾[١].

وفي الصحيحين من حديث جابر وابن مسعود وغيرهما: أن النبي ﷺ كان يقسم الغنائم بين المسلمين[٢].

وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الأرض إذا كانت بين شركاء واحتملت القسمة عن غير ضرر يلحق أحداً منهم قسمت»[٣].

وقوله: «القسمة قرعة ومراضاة». إلخ يعني أن أنواع القسمة ثلاثة: قسمة قرعة، وقسمة مراضاة ـ وهما يقعان في أصل الشيء المقسوم على البت، وقسمة مهايأة، وهي خاصة بقسم المنافع، وسميت مهايأة لأن كل واحد من الشركاء هيأ لصاحبه ما ينتفع به، كما سميت مهاناة بالنون لأن كلاً منهم هنأ الآخر بما دفع له للانتفاع به.

فأما قسمة القرعة فهي الأصل المقصود بهذا الباب، لأن قسمة المراضاة في الذات كالبيع، وقسمة المهايأة في المنافع كالإجارة[٤]. وسيأتي الكلام عنهما إن شاء الله.

فقسمة القرعة: تمييز حق في مشاع بين الشركاء وليست ببيع، ولذا يُـرد فيها بالغبن، وإذا طلبها أحد الشركاء من ورثة وغيرهم وامتنع بعضهم، أجبر عليها الممتنع إن انتفع كل منهم بما ينوبه انتفاعاً تاماً، كانتفاعه قبل القسم، وكان المقسوم لا يفسده القسم، ولم يكن قسمه ممنوعاً كثمر على

---

(١) النساء: ٨.
(٢) تلخيص الحبير ١٩٧/٤.
(٣) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٦.
(٤) الشرح الصغير ٦٦٠/٣ ـ ٦٦٤.

رؤوس الشجر قبل بدو صلاحه، وإن مع أصله، إلا إذا دخلا على جذه عاجلاً فلا يمنع(١).

والأصل في جبر الممتنع عن قسم ما يقبل القسم حسب ما تقدم: حديث: «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه». أخرجه أبو داود عن أنس وابن ماجه عن أبي أمامة، والترمذي عن عمرو بن خارجة، وكلهم رفعه لرسول الله ﷺ، وقال الترمذي: حسن صحيح(٢).

ومثال الذي يفسده القسم الياقوتة كما ذكر المصنف، ومثلها السيف والحانوت والحمام وقطعة العملات من درهم وأوقية ونحوهما، فلا تقسم لما في قسمها من إضاعة المال، والرسول ﷺ قال: «إن الله كرِه لكم ثلاثاً: قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال». أخرجه مسلم عن المغيرة(٣).

وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك فقال: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن لؤلؤة لو كانت بين جماعة، فأراد بعضهم أخذ حظه منها بأن تقطع بينهم أو تكسر - أنهم ممنوعون من ذلك، لأن في قطعها تلفاً لمالهم، وفساداً له». وذكر أن مثلها السفينة والدرع ونحو ذلك من كل ما يفسده القسم(٤).

أما مذاهب الثلاثة في حكم قسمة القرعة فقال أحمد بما قال مالك: هي إفراز حق، وليست ببيع، وهو أحد قولي الشافعي، وقوله الآخر أنها بيع. قاله في المغني(٥). وقال أبو حنيفة: هي إفراز حق في المكيلات والموزونات، ومبادلة في الحيوانات والعروض. قاله في الهداية(٦).

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٦٣ - ٦٦٤.
(٢) مختصر سنن أبي داود ٥/١٩٩ وسنن الترمذي ٣/٢٩٤ وسنن ابن ماجه ٢/٩٠٥.
(٣) صحيح مسلم ٣/١٣٤١.
(٤) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/٤٢٨.
(٥) المغني ٩/١١٤ - ١١٥.
(٦) الهداية ٤/٤١.

ولا خلاف عند الجميع أن أحد الشركاء إذا طلب القسمة فيما يقبلها وامتنع غيره أن الممتنع يجبر على القسمة إذا كانوا كلاً ينتفعون به مقسوماً كانتفاعهم به قبل القسم(١).

وقوله: «فلا يقسم جنس أو صنف مع غيره. . .» إلخ يعني أن كل نوع من صنف يجب أن يفرد بالقسم، فيقسم العقار وحده والحيوانات والعروض كل على حدة. ومثّل المصنف بقوله: «كبستان مع دار. .» فلا يصح الجمع بينهما في القسم، بل يقسم كل منهما على حدة، وكذلك الشأن في القمح والأرز فكل منهما يقسم وحده، إلا إذا تراضوا على غير الاقتراع.

ففي المدونة: «ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظاً والرقيق حظاً ويستهمون، وإن اتفق قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة؛ البقر على حدة، والغنم على حدة، والعروض على حدة، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم». قال: «فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع عليهم الجميع. إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز» اهـ . نقله الحطاب(٢).

* * *

وَلَا يُجْمَعُ بَين عاصِبَيْن إلَّا مَعَ ذِي فَرْضٍ كَذِي سَهْمٍ أَوْ وَرَثَةٍ مَعَ شَرِيكٍ، وأُجْبِرَ فِي هَذِهِ مَنْ أَبَى لِمَنْ طَلَبَ. وَالقَسْمُ فِي المُمَاثَلاتِ ظَاهِرٌ وَفِي المُقَوَّمَاتِ بَعْدَ التَّقْوِيمِ.

* * *

(١) الهداية ٤/٤٤ والمغني ٩/١١٥ - ١١٧.

(٢) مواهب الجليل ٥/٣٣٧.

يعني أنه لا يجوز أن يجمع - في قسمة القرعة - بين نصيبي عاصبين أو أكثر، إلا إذا كان العصبة مع ذي فرض أو ذات فرض كزوجة مع أولاد، فيجوز أن يُخرج للزوجة حظها ويبقى ما للعصبة مشتركاً ثم بعد ذلك يقسمون إن شاؤوا.

ومثل ذلك ذوو سهم مع غيرهم، فإذا كان الورثة زوجات وإخوة لأم وعصبة فإن نصيب كل من الزوجات والإخوة لأم يخرج مجْتمعاً، ويخرج نصيب الورثة أيضاً مجتمعاً ثم بعد ذلك يقسمون إن شاؤوا. ومن أبى عن الجمع أو لا أُجبر عليه[1].

وكذلك الشأن في اشتراك ورثة مع شَـريكِ مورثهم الميت، فإذا مات أحد الشريكين عن ورثة وترك قطعة أرض زراعةٍ بينه وبين شريكه على السواء، فإن الأرض تقسم نصفين؛ نصفاً للشريك ونصفاً للورثة. ثم إن شاءوا قسموا بعد ذلك، ويجبر على الجمع أولاً من أباه[2].

وقوله: «والقسم في المماثلات. .» إلخ يعني أن قسم المثليات، ظاهر وتقدم أن المثلي هو ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تدخله صنعة كبيرة، فيقسم ما يكال من المثليات كالحبوب بالكيل، ويقسم ما يوزن منها كالتبر بالوزن، ويقسم ما يُعدُّ منها كالدراهم والدنانير وما تنزل منزلتهما من النقود الورقية والمعدنية بالعد.

أما المقوَّمات كالعقار والحيوان والعروض فتقوم أولاً ثم تقسم، ومعنى ذلك أنها لا تقسم بالمساحة ولا بالعدد لاختلافها في الجودة أو الرغبة، فإن اتحدت جودة ورغبة كأرض مستوية جودة أو رداءةً ورغبةً، جـاز قسمها بالمساحة إذ لا تحتاج إلى تقويم[3].

* * *

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٧٣ - ٦٧٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الشرح الصغير ٣/٦٦٥.

وَيَكْفِي وَاحِدٌ، وَأَجْرُهُ بِعَدَدِ الأَنْصِبَاءِ، وَلَا يَجُوز لَهُ الأَخْذُ إِنْ كَانَ لَهُ مُرَتَّبٌ، ثُمَّ أُعْمِلَت القُرعَةُ. وَلَا يَجُوزُ فِيهَا التَّراجعُ، وَهُوَ أن يَجْعَلَ لِشَيْءٍ مِنَ السِّهَامِ أَوْ عَلَيْهِ زِيَادَةً مِنْ عَيْنٍ أَوْ غَيْرِهَا. وَلَزِمَ كُلًّا مَا خَرَجَ لَهُ إِلَّا لِغَلَطٍ أَوْ غبنٍ فاحش.

* * *

يعني أنه يكفي قاسم واحد ويجزىء، ولا تشترط عدالته، إلا أن يكون مُقاماً من قبل القاضي. قال الصاوي: «وأشعر كلامه أن الإثنين أولى وبه صرح ابن الحاجب»[١] اهـ.

وأجر القاسم يخرج بعدد الورثة. يستوي في ذلك من له سهم كثير ومَن له سهم قليل، لأن التعب في إخراج اليسير كالتعب في إخراج الكثير[٢]. وبه قال أبو حنيفة، وقال أحمد والشافعي: يلزم كل واحد من الأجر بقدر نصيبه[٣]. وإذا طلب أحد الشركاء القسمة فإن أجرة القسم تكون على الجميع. وقال أبو حنيفة تكون على الطالب وحده قاله في المغني[٤].

ولا يجوز للقاسم أَخْذُ أجرة القسم من الورثة إن كان له مرتب من بيت المال على القسم، أو كان له مرتب يأخذه مطلقاً، قسم أو لم يقسم. أما إن لم يكن له مرتب فيجوز له أخذ الأجر بلا كراهة إن استأجره الشركاء، وبها إن قدمه القاضي للقسمة.

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٦٦٥ - ٦٦٦.
(٢) الشرح الصغير ٣/٦٦٦.
(٣) الهداية ٤/٤٢ والمغني ٩/١٢٩.
(٤) المرجع السابق.

وقوله: «ثم أعملت القرعة..» يعني أنه بعد الاجتهاد في القسم يقرع القاسم وكيفية الإقراع أن يكتب أسماء الشركاء، كل واحد في ورقة صغيرة وتلف الورقة بأن يلصق عليها غراء حتى لا يرى ما فيها مقدماً، ثم ترمى الأوراق على المقسوم، كل سهم ترمى عليه ورقة، ثم تفتح الورقة فمن وقع اسمه على سهم أخذه، أو يكتب المقسوم بعد تجزئته أجزاء مستوية بعدد أقلهم حظاً. ومن وقع اسمه على حظه أخذه سواء كان الحق واحداً أو أكثر.

قال خليل: «وكتب الشركاء ثم رمى أو كتب المقسوم وأعطى كلًا لكل»(١). فإذا استوت الانصباء فالأمر ظاهر، وإذا اختلفت فإن الأكثر تتعدد أوراقه مثال ذلك ثلاثة شركاء، أحدهم له نصف وآخر له ثلث وآخر له سدس. فلصاحب النصف ثلاثة أوراق ولصاحب الثلث ورقتان ولصاحب السدس ورقة واحدة(٢).

وقوله: «ولا يجوز فيها التراجع...» إلخ يعني أن قسمة القرعة لا يجوز فيها التراجع، وهو رجوع أحد المتقاسمين على الآخر بزيادة، كما لو كان بينهما كتابان أحدهما يساوي مائة درهم والآخر يساوي خمسين ويدخل المتقاسمان على أن من وقع سهمه على الكتاب الذي يساوي مائة يرد للآخر خمسة وعشرين فلا يجوز ذلك لما فيه من الغرر، إذا لا يدري كل منهما حين القسم هل يرجع أو يرجع إليه، أما في المراضاة فيجوز ذلك، قال في الرسالة: «وإن كان فيه تراجع لم يجز القسم إلا بتراض»(٣).

وقال في الشرح الصغير: «وظاهره قل ما به التراجع أو كثر ورُجح، وقال الشيخ ـ يعني خليلًا ـ إلا أن يقل أي ما به التراجع، قال بعضهم: كنصف العشر فدون فيجوز»(٤) اهـ..

---

(١) مختصر خليل ص ٢٣٤.
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥١١.
(٣) الرسالة الفقهية ص ٢٥٠.
(٤) الشرح الصغير ٣/٦٧٢.

تنبيــه: لا يجوز قسم لبن في ضروع، بأن يأخذ أحد الشريكين بقرة يحلبها أو شاة، ويأخذ الآخر بقرة مقابل بقرة، أو شاة مقابل شاة للحلب، إلا إذا كان هناك فضل بيِّن فيجوز ذلك بالتراضي كأخذ أحدهما شاة والآخر بقرة أو ناقة لأنه معروف، ليس بمعنى القسم[1].

وقوله: «ولزم كُلًّا ما خرج له. . .» إلخ يعني أن كلًّا من الشركاء يلزمه أخذ ما خرج له في القسمة، ومن أراد الفسخ لم يُمَكَّن منه إلا لغلط أو جور، فإن تفاحش أحدهما أو ثبت ببينة نقضت القسمة وردت للصواب.

وإن لم يتفاحش أحدهما أو لم يثبت، فعلى المنكر يمين فإن حلف أنه لم يحصل جور أو غلط فإن القسمة لا تنقض، وإن نكل نقضت وأعيدت من جديد.

وهذا ما لم يحصل طول يدل على الرضا، وحدَّه ابن سهل بسنة، وحده بعضهم بستة أشهر.

والمراد بالجور ما كان عن عمدٍ، وبالغلط ما كان عن خطإٍ[2].

وهذا كله في قسمة القرعة، ومثلها قسمة المراضاة إذا أدخلا فيها مقوِّماً يقوِّم لهما السلع أو الحصص، لأنها بإدخال المقوِّم عليها أشبهت قسمة القرعة.

أما إذا وقعت قسمة المراضاة بينهما بلا تقويم ولا تعديل فإنها تكون لازمة، ولا يرد فيها بالغلط أو الجور ولو تفاحشا لأنها محض بيع لا يرد فيها بالغبن[3]. كما سيأتي إن شاء الله.

* * *

(١) منح الجليل ٣/٦٤٠.
(٢) الشرح الصغير ٣/٦٧٦ - ٦٧٨.
(٣) المرجع السابق.

وَمنْ أرادَ الْبَيْعَ فِيمَا لاَ يَنْقسِمُ أُجْبِر لَهُ مَنْ أبَى إنْ لَمْ يَكُن لِلغَلَّة أوْ التِجَارَةِ، ومَلَكَاهُ جَميعـاً وَلَمْ يَلتزِمْ الآبي النَّقْصَ. وَقِسْمَةُ المُرَاضَاةِ بَيْعٌ وَشَرْطُهُ مَعْلُومٌ.

* * *

يعني أن بعض الشركاء إذا طلب بيع مالا يمكن قسمه كحانوت وحمام وسيارة ـ وامتنع بعضهم ـ فإن الممتنع عن البيع يجبر عليه، إن كان في بيع الجزء مفرداً نقص في الثمن كما هو الغالب. فإن لم يكن في بيع الجزء مفرداً نقص في الثمن لم يجبر الممتنع عن البيع.

كما لا يجبر الممتنع على البيع إذا كان الشيء الذي لا يقبل القسم متخذاً للغلة كحانوت استؤجر لأخذ غلته أو فندق ونحو ذلك. أو كان قد اشتري للتجارة فإن اشتري لها فلا يجبر الآبي على البيع قاله عياض، وتعقبه ابن عرفة بأن ما اشترى للتجارة يجبر من امتنع عن البيع على بيعه، واعتمده في الشرح الصغير(١).

كما يشترط في جبر الآبي على البيع أن يكون الشريكانِ ملكاه معاً بإرث أو شراء أو غيرهما، ولم يلتزم الآبي عن بيع الكل لطالب البيع ـ النقص الذي يقع إذا بيع نصيبه منفرداً.

فإن كان مريد البيع قد ملك حصته منفرداً، فإن الآبي لا يجبر على البيع، كما لا يجبر الآبي مطلقاً إذا التزم لطالب البيع النقص الذي يقع ببيع جزئه منفرداً(٢).

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٧٨ ـ ٦٧٩.

(٢) المرجع السابق.

وقوله: «وقسمة المراضاة بيع...» إلخ يعني أن النوع الثاني من أنواع القسمة هو قسمة المراضاة وهي أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم شيئاً مما هو مشترك بينهم، دون إجراء القرعة بينهم، وهي كالبيع يجوز فيها ما يجوز فيه ويمنع فيها ما يمنع فيه. فتكون فيما تماثل أو اختلف جنساً.

فيجوز أن يأخذ أحد الشريكين ثياباً ويأخذ الآخر بيتاً، ويجوز أن يأخذ أحدهما صوفاً على ظهر ضأن في نظير دراهم أو عرض أو حيوان، إن دخلا على جز الصوف بقرب كنصف شهر فأقل. كما يجوز أن يأخذ أحدهما عرضاً ويتولى الآخر ما على مدين موسر حاضر مقر، تناله الأحكام، بمعنى أنه دين يجوز بيعه كما تقدم في باب البيوع[1].

ولا يرد في قسمة المراضاة بالغبن ـ كما هو الشأن في البيع إلا إذا أدخل الشركاء فيها مقوِّماً، فحينئذ يرد فيها بالغبن إلحاقاً لها بقسمة القرعة[2].

* * *

وَقِسمةُ المهايأةِ في الانْتِفَاعِ عَلَى المشْهُورِ، وَقيل بِجَوازِها في الاغتلَالِ، وهَلْ يُشتَرطُ تَعْيينُ المدَّةِ ورُجِّح، وعليهِ فهِيَ لازمةٌ. وَهِيَ في العَبِيدِ والدّوَابِّ شَهْرٌ فَدُونَ، وَفِي العَقَارِ بقَدْرِ الأَمْنِ مِنَ التَّغَيُّر وَلَوْ كَثُرَت السِّنُون.

* * *

هذا هو النوع الثالث من أنواع القسمة، وكما ذكرنا سابقاً فإن قسمة المهايأة خاصة بقسمة المنافع، فالرؤوس تبقى مشتركة وتقسم منافعها،

(١) شرح الزرقاني لخليل ٦/١٩٤ ـ ١٩٥.

(٢) الشرح الصغير ٤/٦٦٢ ـ ٦٦٣.

فيختص كل شريك عن الآخر بمنفعة شيء معين، سواء اتحد المقسوم كدار واحدة يسكنها أحد الشريكين فترة معينة ويسكنها الآخر فترة أخرى، وكأرض مأمونة الري يزرعها أحدهما سنة ويزرعها الآخر سنة أخرى[1].

أو كان المقسوم متعدداً كدارين يسكن أحدهما واحدة ويسكن الآخر الأخرى[2]. وهذا إذا انتفع كل منهما بنفسه، أما إذا كان ذلك للغلة بأن أجرت الدار أو الأرض أو الدابة لمن يسكنها أو يزرعها أو يغتلها ـ فإن الغلة تكون بينهما كل سنة. ولا يجوز أن يأخذ أحدهما كراء سنة ويأخذ الآخر كراء سنة أخرى، لما في ذلك من الغرر.

قال المواق: «ابن المواز: لو كانت الدابة بينكما لم يجز أن تقول له: ما كسبت اليوم فلي وما كسبت غداً فلك، وكذلك العبد بينكما، قال الإمام مالك: وإن قال: استخدمه أنت اليوم وأنا غداً فهو جائز، وكذلك شهراً وأنا شهراً.

قال محمد: لا يجوز في الكسب ولو يوم واحد، وقد سهله مالك رضي الله عنه في اليوم وكرهه في أكثر منه»[3] اهـ.

وهذا القول الأخير المرجوح أشار إليه المصنف بقوله: «وقيل بجوازها في الاغتلال» وأومأ له خليل بقوله: «لا في غلة ولو يوماً»[4] فلو يشير بها خليل إلى خلاف داخل المذهب.

وقوله: «وهل يشترط تعيين المدة ورجح». يعني أن قسمة المهايأة مختلف في اشتراط تعيين المدة فيها فقيل يشترط وقيل: لا، والأول هو الأرجح، ومحل الخلاف في المتعدد أما المتحد فإن تعيين الزمن فيه شرط

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٦٠ ـ ٦٦١.
(٢) المرجع السابق.
(٣) التاج والإكليل ٥/٣٣٥.
(٤) مختصر خليل ص ٢٣٣.

اتفاقاً. وعلى ما رجح من اشتراط التعيين في المتعدد فإنها لازمة في المتحد وغيره.

وعلى القول بعدم اشتراط تعيين الزمن في المتعدد فإنها إذا لم يعين لم تلزم ولكل فسخها متى شاء، وهذا القول اختاره ابن الحاجب وابن عبد السلام[1].

وقوله: «وهي في العبيد والدواب شهر فما دون. . .» إلخ يعني أن مدة قسمة المهايأة ـ شهر فأقل في الرقيق والحيوان لسرعة التغير للحيوان غالباً، فلا يجوز أن يخدم العبد أحد الشريكين أكثر من شهر ويخدم الآخر مثل ذلك، فكما لا تجوز إجارة عبد معين على أن يقبض بعد أكثر من شهر ـ فإنه لا يجوز في المهايأة أن يستعمله أكثر من شهر[2].

وأما العقار ـ وهو الأرض وما اتصل بها ـ فيجوز فيه ذلك بقدر ما لا يقع فيه التغير ولو سنين كثيرة، قال في منح الجليل: «ابن عبدوس عن ابن القاسم يجوز في الدور والأرضين وما هو مأمون ـ التهايؤ السنين المعلومة والأجل ككرائها، وليس لأحدهما فسخه. وإن تهايؤوا في دور أو أرضين على أن يسكن كل واحد أو يزرع ناحية جاز»[3].

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٦٠ ـ ٦٦١.
(٢) الشرح الصغير ٣/٦٦١ وحاشية الدسوقي ٣/٤٩٨.
(٣) منح الجليل ٧/٢٥٠ دار الفكر الطبعة الأولى ١٤٠٤.

بَابٌ فِي القِرَاضِ

القِراضُ هُوَ أَن تَدْفَعَ نَقْداً مِن مَالِكَ، لِمَنْ يتَّجِرُ به بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنْ رِبْحِهِ، فإِنْ دَفَعْتَ لَهُ عَرْضاً وَأَمَرْتَهُ أَن يَبيعَهُ أو يَتَقَاضَى دَيْنَكَ فَيَتَّجِرَ بِهِ - لَمْ يَجز، فَإِنْ عَمِلَ كَانَ لَهُ أُجْرَةُ عَمَلِهِ، وَرِبْحُ المِثْلِ مِمَّا رَبِحَ.

* * *

القراض والمضاربة: اسمان مترادفان، فأهل الحجاز يسمونه القراض، وأهل العراق يسمونه المضاربة. ولذلك فإن المالكية والشافعية يعبرون بالقراض، والأحناف والحنابلة يعبرون بالمضاربة[1].

وكلمة القراض مشتقة من القرض وهو القطع، لأن رب المال يقطع للعامل قطعة من ماله ليتجر بها، ويقطع له جزءاً من الربح. أما المضاربة فمشتقة من الضرب لطلب الربح، مثل قوله تعالى: ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ﴾[2].

(١) المغني ٥/٢٦.

(٢) المزمل: ٢٠.

وعرفه المصنف بقوله: «هو أن تدفع نقداً لمن يتجر به بجزء معلوم» أي من الربح. وعرفه ابن عرفة بقوله: «القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه، لا بلفظ الإجارة»(١).

ويلاحظ أن تعريف ابن عرفة يشمل القراض الجائز وغيره، لأن كلمة المال تشمل النقد والعرض. قاله الرصاع(٢).

ولا خلاف عند جميع الأئمة في جواز القراض بالنقد، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك(٣).

أما العرض فلا يجوز القراض به قال مالك في الموطإ: «لا يصح القراض إلا في العين من الذهب أو الورِق، ولا يكون في شيء من العروض»(٤). قلت: ومثل الذهب والورِق ـ ما تنزل منزلتهما من العملات المتعامل بها اليوم، لأنها قامت مقامهما في الثمنية.

وبه ـ أي بعدم صحة القراض بالعروض وصحته بالعين قال الشافعي وأحمد في أصح روايتيه، وروايته الأخرى أن القراض يصح أيضاً بالعروض(٥).

ويجوز القراض بأي جزء مشاع من الربح، يتفق عليه رب المال والعامل؛ قليلاً كان أو كثيراً. قال مالك في الموطإ: «والقراض جائز على ما تراضى عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر»(٦).

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٧٩ ـ ٣٨٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الإجماع لابن المنذر ص ٩٨.
(٤) الموطأ ٢/٦٨٩.
(٥) مغني المحتاج ٢/٣١٠ والإنصاف ٥/٤٠٩ ـ ٤٢٩.
(٦) الموطأ ٢/٦٩١.

وقوله: «فإن دفعت له عرضاً. . .» إلخ يعني أن من دفع لشخص عرضاً وأمره أن يبيعه بنقد ويتجر به قراضاً ـ أن ذلك لا يجوز لأنه قراض فاسد. فللعامل فيه أجر مثله من توليه البيع، وله إن فات بالعمل قراض مثله إن ربح، ووجه الفساد في هذا أنه أحد وجهي القراض بالعروض. قاله مالك في الموطإ[1]. خلافاً لأبي حنيفة فيجوز ذلك عنده[2].

فإن قبض العامل الدين الذي على فلان وفات بالعمل كان له أجر عمله في استخلاص الدين وقراض مثله إن حصل ربح. قال المواق: «من المدونة: لا يجوز أن يقارضه بدين على غيره يقتضيه، وكذلك إن دفعت إليه دنانير ليصرفها ثم يعمل بها، وله أجر التقاضي وأجر الصرف وقراض مثله إن عمل»[3] اهـ.

والأصل في القراض ما في الموطإ: «عن زيد بن أسلم عن أبيه؛ أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير بالبصرة فرحب بهما وسهّل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت. ثم قال: بلى، ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك ففعل.

وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأُربحا. فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكلُّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما! أدِّيا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير

(١) الموطأ ٢/٦٩٣. (٢) اللباب في شرح الكتاب ٢/١٣١.
(٣) التاج والإكليل ٥/٣٦٠.

المؤمنين: لو جعلته قراضاً. فقال عمر: قد جعلته قراضاً. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال»[1].

قال الباجي: «وإنما جوز عمر ذلك لأن عبد الله وعبيد الله عملا في المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصوداً لمن يملكه، فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما فردهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف[2] اهـ.

وقال الحافظ: «قال الطحاوي: يحتمل أن يكون عمر شاطرهما فيه، كما كان يشاطر عماله أموالهم، وقال البيهقي: تأول المزني هذه القصة بأن سألهما لبره الواجب عليهما ـ أن يجعلا كله للمسلمين فلم يجيباه، فلما طلب النصف أجاباه عن طيب أنفسهما»[3] اهـ.

وفي الموطإ «عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما»[4]. ولم يرد في القراض حديث صحيح مرفوع محفوظ.

قال ابن حزم في مراتب الإجماع: «كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ـ ولله الحمد ـ حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به عليه أنه كان في عصر النبي ﷺ وعلمه فأقره، ولولا ذلك لما جاز» ومثله لابن المنذر في كتاب الإشراف[5].

* * *

---

(١) الموطأ ٢/٦٨٧ ـ ٦٨٨.
(٢) المنتقى ٥/١٥١.
(٣) تلخيص الحبير ٣/٥٨.
(٤) الموطأ ٢/٦٨٨.
(٥) مراتب الإجماع ص ٩١ والإشراف على مذاهب أهل العلم ١/٩٧.

ومَن كَانَ عِنْدَهُ لَك دَيْنٌ أو وَدِيعةٌ وَأَمَرْتَهُ أن يتَّجِرَ، فَإن أحْضَرَهُ وقَبَضْتَهُ وأشهَدَ، وإلاَّ فَهُو بِحَالِه. وَإنْ لَمْ يُبَيَّن الجُزْءُ حُمِلَ عَلَى مَا جَرَتْ بِه الْعَادَةُ.

* * *

يعني أن رب الدين إذا قال لمن له عليه دين: اتجر بالدين الذي عليك قراضاً فإن أحضر المدين الدين وقبضه ربه وأشهد المدين بينة على قبض ربه له صح ذلك وكان قراضاً وإلا فالدين باق على حاله.

قال مالك في الموطإ: «إذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضاً أن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك، وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله، فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه»(١) اهـ.

والكراهة هنا كراهة منع. قاله الزرقاني(٢).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد(٣).

ومثل الدين الوديعة عندنا، فإذا قال المودِع للمودَع: قارض بالدراهم التي عندك وديعة، فإن ذلك لا يصح، قال في المدونة: «والوديعة مثله - يعني الدين - لأني أخاف أن يكون أنفق الوديعة فصارت عليه ديناً» اهـ. نقله المواق(٤).

---

(١) الموطأ ٢/٦٨٩.
(٢) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٤٨.
(٣) اللباب ٢/١٣١ ومغني المحتاج ٢/٣١٠ والمغني ٥/٧٣ - ٧٤.
(٤) التاج والإكليل ٥/٣٥٨.

وقال الثلاثة: يصح ذلك في الوديعة، قال في المغني: «وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول: ضارب بها، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال الحسن: لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين»(١) اهـ.

وقوله: «وإن لم يبين الجزء...» إلخ يعني أن رب المال إذا قال للعامل: اعمل في المال ولك جزء من الربح بدون تعيين، أو أبهم القراض، بأن قال: اعمل فيه قراضاً وأطلق، فإن كان أهل بلدهما لهم عادة في قدر ما يأخذه العامل من الربح من نصف أو أقل أو أكثر صح القراض وعمل بما جرت به العادة في قدر الجزء، وإن لم تكن هناك عادة لأهل البلد فإن ذلك لا يجوز، وفيه بعد العمل قراض مثله(٢).

وإذا شرط رب المال على العامل ضمان رأس المال إذا تلف بلا تفريط لم يجز ذلك وللعامل إذا عمل قراض مثله والشرط باطل، ففي الموطإ: «قال مالك في الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان، قال: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من سنة المسلمين فيه، فإن نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان، وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه على غير ضمان، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذه ضماناً، لأن شرط الضمان في القراض باطل»(٣) اهـ.

* * *

ولَا يجُوزُ أن يَشْتَرِطَ عَمَلَهُ مَعَهُ أَوْ مُشَاوَرَتَهُ أَوْ أنْ لَا يتَّجِرَ

---

(١) المغني ٥/٧٥.
(٢) الشرح الكبير ٣/٥١٩.
(٣) الموطأ ٢/٦٩٢.

إلاَّ في مُعَيّنٍ مِنْ مَحَلٍّ أَوْ زَمَنٍ أَوْ شَخْصٍ. فَإِنْ عَمِلَ فَلَهُ أَجْرُ المِثْلِ، وَعَلَيْهِ مَا خَفَّ مِنْ طيٍّ ونَشْرٍ.

* * *

يعني أن رب المال لا يجوز أن يشترط على العامل أن يعمل معه في المال؛ فيبيع أو يشتري معه، كما لا يجوز له أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يشتري إلا بعد مشاورته أو مشاورة فلان، كأمين عليه، لما في ذلك من التحجير على العامل، فإن وقع ذلك فللعامل أجر مثله، لأنه أصبح بمنزلة الأجير.

قال المواق: «من المدونة قال مالك: لا يجوز أن تقارض رجلاً على أن يشتري هو وتنقد أنت، وتقبض أنت ثمن ما باع أو تجعل معه غيرك لمثل ذلك أميناً عليه، وإنما القراض أن تسلم إليه المال. قال ابن حبيب: فإن نزل ذلك كان أجيراً»[1] اهـ.

كما أنه لا يجوز في القراض أن يشترط على العامل أن يكون التجر في محل معين أو شخص معين أو زمن معين كأن يقول للعامل: لا تبع إلا في الشتاء أو الصيف، فيفسد القراض في ذلك كله للتحجير المخالف سنة القراض. وللعامل أجرة المثل، والربح لرب المال والخسارة عليه[2].

وقال أحمد: إن اشترط على العامل أن لا يتجر إلا في بلد بعينه أو نوع بعينه وأن لا يشتري إلا من رجل بعينه فهذا كله صحيح «سواء كان هذا النوع مما يعم وجوده أو لا يعم، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل». قاله في المغني، قال: «وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي: إذا شرط أن لا

(١) التاج والإكليل ٥/٣٦١.
(٢) الشرح الصغير ٣/٦٩٠ والشرح الكبير للدردير ٣/٥٢٢.

يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح»(١) اهـ.

أما اشتراط عمل المضاربة بزمن معين فيتفق الشافعي مع مالك في منعه(٢)، وأجازه أبو حنيفة وأحمد، قالاه في اللباب والمغني(٣).

وقوله: «وعليه ما خف من طي ونشر..» يعني أن على عامل القراض ما خف من العمل وجرت العادة به كنشر سلعة لينظر فيها من يريد شراءها، ثم طيها بعد نظرها، وإن استأجر على ذلك فالأجرة عليه(٤).

* * *

وَيَجُوزُ: إنْ وَجَدتَ رَخِيصاً فَأَعْطِنِي، إنْ لَمْ يُسَمِّ البَائِعُ وَالسِلْعَةُ. والخَلْطُ وَإنْ بمَالِهِ، وَهُوَ الصَّوَابُ إنْ خَافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا رُخْصاً، وَإنْ عَمِلَ بَعْدَ عِلْمِهِ بِمَوْتِ الْمَالِكِ أوْ نَهْيِهِ عَنِ السَّفَرِ قَبْلَ الشُّغْلِ ضَمِنَ.

* * *

يعني أنه إذا قال رجل لآخر: ادفع لي كذا على وجه القراض فإني وجدت سلعة رخيصة ـ فإن ذلك يجوز إن لم يُسَمِّ البائع ولم تُسمِّ السلعة، فإن سميا أو أحدهما لم يجز وكان قراضاً فاسداً.

---

(١) المغني ٥/٦٨ ـ ٦٩.
(٢) مغني المحتاج ٢/٣١٢.
(٣) اللباب ٢/١٣٣ والمغني ٥/٦٩.
(٤) منح الجليل ٧/٣٣٥ دار الفكر الطبعة الأولى ١٤٠٤.

قال المواق: «من المدونة قال مالك: لو ابتاع سلعة ثم سأل رجلاً أن يدفع إليه مالاً ينقده فيها ويكون قراضاً بينهما ـ فلا خير فيه فإن نزل لزمه رد المال إلى ربه، وما كان فيها من ربح أو وضيعة فله وعليه، وهو كمن أسلفه رجل ثمن سلعة على أن له نصف ربحها.

قال ابن المواز: لو كان ذلك قبل أن يستوجبها وقبل أن يجب عليه ضمانها لجاز ذلك إذا لم يُسمِّ السلعة ولا بائعها، وروي عن عثمان رضي الله عنه أن رجلاً قال له: وجدت سلعة مرجوة فأعطني قراضاً أبتاعها به ففعل»[1] اهـ.

وقوله: «والخلط ـ وإن بماله ـ..» إلخ يعني أنه يجوز لعامل القراض أن يخلط مال القراض بمال غيره، حتى وإن كان الخلط بمال العامل نفسه إن لم يشترط عليه ربه الخلط، فله التجارة بمال غيره وبماله الخاص ـ مع مال القراض ويكون الربح بينهما حسب ما لكل منهما.

والخلط دون شرط هو الصواب إن خاف العامل بتقديم أو تأخير أحد المالين رُخصا في البيع أو غلاء في الشراء، قال مالك في المدونة: «إذا خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض أو أخره عنه وقع الرُّخص في مال القراض، فالصواب خلطهما». نقله في منح الجليل[2].

وقوله: «وإن عمل بعد علمه بموت المالك...» إلخ يعني أن العامل إن عمل بالمال بعد علمه بموت ربه ـ فإنه يضمن إن كان عيناً لأنه صار لغيره، ولا يضمن إن كان المال عرضاً فباعه بعد علمه بموت ربه. لأن الورثة ليس لهم أن يمنعوه من التصرف في العرض، كما لا يضمن مطلقاً إن تصرف قبل علمه بموته[3].

---

(١) التاج والإكليل ٥/٣٦٤.
(٢) منح الجليل ٣/٦٧٦.
(٣) الشرح الصغير ٣/٦٩٥.

ويضمن العامل إذا نهاه رب المال عن السفر بالقراض، قبل العمل فيه فسافر به وتلف، أما إن نهاه عن السفر بعد العمل فلا ضمان عليه، لأنه ليس له منعه من السفر بعد العمل[1]. لقوله تعالى: ﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ ﴾ الآية[2].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد في أصح روايتيه، وقال الشافعي: ليس للعامل أن يسافر بالقراض ـ مطلقاً ـ إلا بإذن من رب المال، لأن السفر مظنة الخطر فإن سافر به ضمنه، وبه قال أحمد في روايته الأخرى[3].

* * *

وَإِنْ نَهَاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أَوْ اشْتَرى بِدَيْنٍ فَلَهُ وَعَلَيْهِ، أَوْ بِأَكْثَرَ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ فَالزِيَادَةُ لَهُ وَعَلَيْهِ. والرِّبْحُ يَجْبُرُ الخَسَارَةَ وَمَا تَلِفَ وَإِنْ قَبْلَ العَمَلِ.

* * *

يعني أن رب المال إذا أعطى شخصاً مالاً يعمل فيه قراضاً، وقبل شروعه في العمل قال له: لا تعمل في المال الذي أعطيتك، فإنَّ عقد القراض ينحلُّ ويصير المال بمثابة وديعة عند مَن هو بيده.

فإن خالف وعمل بعد ذلك في المال فإن الربح يكون له وحده وعليه الخسر، ولرب المال رأس ماله فقط.

(١) المرجع السابق ٣/٦٩٧.

(٢) المزمل: ٢٠.

(٣) اللباب ٢/١٣٢ ومغني المحتاج ٢/٣١٧ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٥/٤١٨.

ومثل ذلك أن يشتري العامل سلعة فأكثر للقراض بدين أو يشتريها بأكثر من مال القراض فإن الربح له والخسر عليه[1].

وقوله: «والربح يجبر الخسارة...» إلخ يعني أنه إذا حصل في مال القراض خُسر وربح فإن الربح يجبر الخسر، كأن يكون رأس مال القراض ألفاً فيشتري به سِلعاً ويبيعها بثمانمائة، ثم يشتري بها سلعاً أخرى ويبيعها بألف ومائتين فإن خسر البيعة الأولى جبره ربح البيعة الثانية. وما زاد بعد الجبر يكون بين العامل ورب المال على ما اشترطا.

كما يجبر الربح أيضاً كلَّ ما تلف أو فُقد من مال القراض ولو كان فقده أو تلفه قبل الشروع في العمل، وإذا لم يحصل ربح يجبر ما تلف - فلرب القراض خلف التالف كُلًّا أو بعضاً[2].

تنبيــه: إذا باع العامل بدين دون إذن رب المال أو شارك غيره في العمل أو دفع المال كله أو بعضه لغيره قراضاً بلا إذن رب المال - فإن العامل ينفرد بالخسر ويكون لرب المال في حال الربح - شرطه من الربح[3].

قال مالك في الموطإ: «في رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه إنه ضامن للمال؛ إن نقص فعليه النقصان، وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح، ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال»[4] اهـ.

وقال الشافعي بقول مالك في أن العامل لا يبيع بدين إلا بإذن من رب المال، وقال أبو حنيفة: له أن يبيع بدين بلا إذن، ولأحمد روايتان إحداهما

---

(١) الشرح الصغير ٣/٦٩٧ - ٦٩٨.
(٢) المرجع السابق ٣/٦٩٩ - ٧٠٠.
(٣) الكافي ٢/٧٧٣ - ٧٧٤.
(٤) الموطأ ٢/٦٩٥.

توافق مالكاً والشافعي، وبها صدر في المغني والأخرى توافق أبا حنيفة[1].
واتفق الثلاثة مع مالك على أن المضارِب ليس له أن يدفع المال لغيره مضاربة إلا بإذن رب المال[2].

* * *

وَلَهُ النَّفَقَةُ مِنْهُ إنْ سَافَرَ لِلتِّجَارَةِ واحْتَمَلَ لَا لِقُرْبَةٍ وَأَهْلٍ وإن سَافَرَ لَهَا وَلِحَاجَةٍ، ووُزِّعَتْ النَّفَقَةُ بِقَدْرِ مَا يُنْفَقُ في كُلٍّ مُنْفَرِداً ولكلٍّ فَسْخُهُ قَبْلَ الْعَمَلِ أوْ النُّضُوضِ، وَإِنْ اسْتَنَضَّهُ أَحَدُهُمَا نَظَرَ الْحَاكِمُ.

* * *

يعني أن للعامل النفقة بالمعروف ـ من مال القراض، إن سافر به للتجارة، أي من أجل تنمية مال القراض، ولو كانت المسافة دون مسافة القصر، إن لم يكن بالبلد الذي سافر إليه زوجة مدخول بها، وكان المال يحتمل الإنفاق بأن كان كثيراً. أما اليسير فلا نفقة فيه وحده بعضهم بالخمسين والأربعين ديناراً خصوصاً مع الغلاء.

وفي الحالة التي للعامل فيها النفقة في السفر فإنها تكون له في الذهاب والإياب إلى أن يعود لوطنه، ويتضمن ذلك الأكل والشرب والركوب والمسكن وما يتعلق بذلك كغسل ثياب على وجه المعروف.

وإن كان أهلًا للإخدام استأجر خادماً من مال القراض، كما أن له

(١) مغني المحتاج ٢/٣١٥ واللباب ٢/١٣٧ والمغني ٥/٣٩ ـ ٤٠.
(٢) اللباب ٢/١٣٢ والمغني ٥/٤٨ ـ ٤٩.

الكسوة إن طال سفره طولاً يُخلق ثيابه، كما أن له أن يستأجر من مال القراض على الأعمال التي لا يتولاها مثله.

لا إن سافر العامل لقربة كحج وصلة رحم فلا نفقة له، لا في الذهاب ولا في الإياب، لأن ما كان قربة لا يشرك معه غيره، ولا إن سافر لزوجة فلا نفقة له في ذهابه إليها، ولا في مدة مُقامه معها أما في الإياب فله النفقة[1].

وإن سافر للتجارة ولقضاء حاجة أخرى غير الحج والأهل. وزعت النفقة على مال القراض والحاجة حسبما ينفقه على كل منهما منفرداً.

ففي الموطإ: «قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً، فخرج به وبمال نفسه، قال: يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال»[2].

وقوله: «ولكل فسخه...» إلخ يعني أن لكل من العامل ورب المال فسخه قبل الشروع في العمل أي قبل شراء السلع بالمال، كما أن لكل منهما فسخه بعد العمل ونضوض المال أي بعد بيع السلع كلها بالنقود. ولعل المصنف قال: «أو بعد النضوض» بدل «أو النضوض» ولرب المال فقط فسخ القراض إن تزود العامل من مال القراض ولم يشرع في السفر، إلا أن يلتزم العامل لرب المال غُرم ما اشترى به الزاد.

وبالمقابل فإن العامل إن تزود للسفر من ماله فإن الفسخ يكون له لا لرب المال إذا دفع له ما غرم في الزاد فله الفسخ، وفي غير ما ذُكِر فليس لأحدهما الفسخ؛ لا في الحضر ولا في السفر[3].

وحكى ابن رشد الحفيد ـ الإجماع على أن لكل من العامل ورب المال

(١) الشرح الصغير ٣/٧٠١ ـ ٧٠٥.
(٢) الموطأ ٢/٦٩٦.
(٣) الشرح الصغير ٣/٧٠٥ ـ ٧٠٦.

فسخ القراض قبل الشروع في العمل، كما حكى ابن حزم الإجماع على أن لكل منهما فسخه بعد نضوض المال(١).

وقوله: «وإن استنضه أحدهما. . .» إلخ يعني أن العامل ورب المال إذا طلب أحدهما نضوض المال ببيع سلعه، وطلب الآخر الصبر لغرض كزيادة ربح ـ فإن الحاكم ينظر فيما هو الأصلح من تعجيل وتأخير فيحكم به، وإن اتفقا على النضوض أو قسمة العروض بالقيمة جاز ذلك(٢).

أما الأئمة الثلاثة فقالوا: إن لكل من رب المال والعامل فسخ القراض ولو كان المال عرضاً. قال في بداية المجتهد ـ بعد أن حكى الإجماع على أن لكل منهما فسخ القراض قبل الشروع في العمل ـ: «واختلفوا إذا شرع العامل، فقال مالك: هو لازم». ثم قال: «وقال الشافعي: وأبو حنيفة: لكل واحد منهما الفسخ إن شاء»(٣).

ونحوه لأحمد، قال في المغني: «والمضاربة من العقود الجائزة، تنفسخ بفسخ أحدهما؛ أيهما كان». قال: «ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده، فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه، وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما، وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال، وقد ظهر في المال ربح أُجبر رب المال على البيع، وهو قول إسحاق والثوري، لأن حق العامل في الربح. ولا يظهر إلا بالبيع، وإن لم يظهر ربح لم يجبر» لأنه لا حق له فيه، وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه. وهذا ظاهر مذهب الشافعي».

ثم قال: «وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان:

(١) بداية المجتهد ٢/٢٤٠ ومراتب الإجماع ص ٩٢.
(٢) الشرح الصغير ٣/٧٠٦.
(٣) بداية المجتهد ٢/٢٤٠.

أحدهما: يجبر العامل على البيع، وهو قول الشافعي، لأن عليه رد المال ناضاً كما أخذه. والثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح، لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال»(١) اهـ.

تنبيــه: لا ينفسخ القراض عندنا بموت العامل بعد شروعه في العمل، فلوارثه الأمين أن يحل محله على حكم ما كان مورثه، فإن لم يكن أميناً أتى بأمين كالأول، وإلا فعليه أن يسلم المال لربه بدون ربح ولا أجرة(٢).

وقال الثلاثة: ينفسخ القراض بموت العامل أو رب المال. قال في الكتاب: «وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة»(٣). وقال في المنهاج: «ولو مات أحدهما أو جُنَّ أو أغمي عليه انفسخ» أي القراض(٤) وقال في المغنى: «وأي المتقارضين مات أو جُن انفسخ القراض»(٥).

* * *

وَالْعَامِلُ أَمِينٌ؛ فَالْقَوْلُ لَهُ في تَلَفِه وَرَدِّهِ وَخُسْرِهِ إن قَبَضَهُ بلاَ بَيِّنةِ تَوَثُّقٍ، وَهَلْ هُوَ قِرَاضٌ أَوْ بِضَاعَةٌ، أَوْ نَفَقَةٌ مِنْ غَيْرِه، وَفي جُزْءِ الربحْ إنْ أَشْبَهَ، وَلِرَبِّهِ إِنْ انْفَرَدَ بالشبَهِ، وَفي هَلْ هُوَ قَرْض أو قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ، وَلمدَّعي الصحةِ، وإلاَّ صَحّ إن لَمْ يَغلِب الفَسَادُ.

* * *

(١) المغني ٥/٦٤ - ٦٥.
(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٧٠٦.
(٣) اللباب ٢/١٣٥.
(٤) مغني المحتاج ٢/٣١٩.
(٥) المغني ٥/٦٦.

يعني أن عامل القراض أمين، لا ضمان عليه فيما لم يفرط فيه، فإن ادعى تلف المال أو خسره صدق بيمين، وكذلك إن ادعى أنه رده لربه ـ إن أخذ المال دون بينة مقصودة للتوثق، فالشرط راجع لدعوى الرد فيصدق في دعوى رد المال إن أخذه بلا بينة، أو ببينة لم يقصد بها التوثق، أما إن قصد بها التوثق فلا يبرأ إلا ببينة(١).

والقول قول العامل أيضاً إذا قال إنه أخذ المال على وجه القراض وقال رب المال إنه أرسله معه بضاعة ليشتري سلعاً معينة بأجر معلوم، وكذلك العكس بأن ادعى العامل أنه بضاعة وادعى رب المال أنه قراض فالقول للعامل فيهما بيمين إن كان مثله يعمل في القراض، ومثل المال يدفع قراضاً، وكانت المنازعة بعد العمل الموجب للزوم القراض(٢).

والقول له أي العامل بيمين إن قال إنه أنفق على نفسه في السفر من غير مال القراض، كما يصدق بيمين في جزء الربح المحدد له إن أشبه قوله بأن قال: إنه النصف وقال رب المال إنه الثلث، سواء أشبه معه رب المال أو لم يشبه معه، أما إن انفرد رب المال بالشبه فإن القول قوله بيمين(٣).

والقول لرب المال بيمين إن قال إن المال سلف وادعى العامل أنه قراض أو وديعة، لأن الأصل تصديق المالك في كيفية خروج ماله من يده. وإذا كان نزاعهما في قدر جزء الربح قبل الشروع في العمل فإن القول لرب المال بلا يمين، لأن لكل منهما فسخه قبل العمل كما تقدم(٤).

وإن اختلفا في صحة عقد القراض وفساده، كأن يقول أحدهما إن رأس مال القراض عرض ويقول الآخر إنه عين فالقول لمدعي الصحة وهو الذي

---

(١) منح الجليل ٣/٧٠١ ـ ٧٠٢.
(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٧٠٧.
(٣) منح الجليل ٣/٧٠٣.
(٤) المرجع السابق.

قال إنه عين. قال في الشرح الصغير: «وظاهره ولو غلب الفساد، وقيل: إن غلب الفساد فالقول لمن ادعى الفساد»[1]. قال الصاوي: «قوله «ولو غلب الفساد». أي لأن هذا الباب ليس من الأبواب التي يغلب فيها الفساد، وهذا هو المعول عليه»[2] اهـ.

أما مذاهب الثلاثة في اختلاف العامل ورب القراض. فقال أبو حنيفة: القول لرب المال في ادعاء القراض والبضاعة والقرض والوديعة، والبينة على المضارب، لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر[3].

وقال الشافعي: القول للعامل فيما يدعي من تلف المال، وفيما يُدّعى عَليه من خيانة لأنه أمين، والقول له في قدر رأس المال أما في رد المال فقيل: إن القول له وقيل لرب المال، وإن اختلفا في قدر الربح المشروط تحالفا. فإن حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل[4].

وقال أحمد: القول للعامل فيما يدعيه من هلاك وخسران وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض، والقول لرب المال مع يمينه في رد المال إليه، وفي تحديد الجزء المشروط للعامل، والقول للمالك أيضاً بيمين إذا دفع للعامل مالاً يتجر فيه فربح وادعى العامل أنه قرض ربحه له وادعى المالك أنه قراض، ربحه بينهما؛ فإذا حلف قسم الربح بينهما، وقيل: يتحالفان، وللعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح، أو أجرة مثله. قاله في المبدع[5].

---

(١) الشرح الصغير ٧٠٨/٣.
(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٧٠٨/٣.
(٣) الهداية مع فتح القدير ٨٦/٧.
(٤) المهذب ٣٨٩/١.
(٥) المبدع في شرح المقنع ٣٥/٥ - ٣٧.

بَابُ الْمُسَاقَاةِ

الْمُسَاقَاةُ عَقْدٌ عَلَى الْقِيَامِ بِمُؤَنِ شَجَرٍ أَوْ نَبَاتٍ بِجُزْءٍ مِنْ غَلَّتِهِ بِصِيغَةِ: سَاقَيْتُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَبِمَا دَلَّ عِنْدَ سُحْنُون، وَهِيَ لازِمَةٌ. وَإِنَّمَا تَكُونُ فِي ذِي ثَمَرٍ لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهُ وَلاَ يُخلِفُ أي كَالمَوْزِ.

* * *

المساقاة: مفاعلة من السقي، لأنه معظم عملها وأصل منفعتها وأكثرها مؤونة. قاله الزرقاني، قال: «والمفاعلة إما للواحد، نحو عافاك الله أو لوحظ العقد وهو منهما فيكون التعبير بالمتعلق عن المتعلق»[1].

وعرفها ابن عرفة بقوله: «عقد على عمل مؤونة النبات بقدر، لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل»[2].

وعرفها المصنف بأنها: عقد على القيام بمؤن شجر أو نبات كالنخيل والأعناب ومقثأة وغيرها على أن يكون للعامل مقابل عمله جزء مشاع من غلة

(١) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٦٣.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٨٦.

الشجر أو النبات. والأصل فيها المنع لكنها استثنيت للضرورة. قال ابن رشد: «والمساقاة مستثناة من الأصول الممنوعة لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليه، إذ لا يمكن للناس عمل حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك ـ إن لم يكن لهم مال، فلهذه العلة رخص في المساقاة»[1] اهـ.

ولا تنعقد المساقاة عند ابن القاسم إلا بصيغة: «ساقيت» فلا تنعقد عنده إلا بلفظ من هذه المادة، وأما عند سحنون فتنعقد أيضاً بكل ما دل على هذا اللفظ كعاملت، وكآجرت على الراجح. ويكفي من الثاني في كلا القولين أن يقول: قبلت ورضيت ونحو ذلك.

فلو قال رجل: استأجرتك على هذا الشجر بنصف ثمره لم يجز ذلك عند ابن القاسم، بخلاف سحنون فإنه يجوز عنده ويجعلها إجارة. قاله ابن رشد، قال: «وكلام ابن القاسم أصح»[2].

وقوله: «وهي لازمة» يعني أن المساقاة من العقود اللازمة بالقول فليس لأحد المتعاقدين فسخها بعد العقد دون الآخر إلا برضاهما معاً[3].

وبه قال الشافعي وأحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى ـ واعتمدها في المغني ـ أنها من العقود الجائزة، لكل من المتعاقدين فسخها دون الآخر[4]. أما أبو حنيفة فلا تجوز المساقاة عنده، كما سيأتي.

وقوله: «وإنما تكون في ذي ثمر...» إلخ يعني أن المساقاة لا تكون إلا في شجر أو نبات ولو كان الشجر لا يحتاج سقياً، بأن كان بعلاً يشرب بعروقه، بشرط أن يكون يُثمر ولم يبدُ صلاحه، وتقدم في باب البيوع بيان

(١) المقدمات ٥٥٢/٢.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير ٧١٣/٣.
(٤) مغني المحتاج ٣٢٩/٢ والمغني ٤٠٤/٥ ـ ٤٠٥.

بدو الصلاح في الأشجار والنباتات، فلا تجوز المساقاة فيما لا يثمر من الشجر كالطرفاء، ولا فيما لم يبلغ حد الإثمار لصغره كالوَدِيّ[1]. ولا تجوز فيما بدا صلاحه بالفعل، بأن حل بيعه، خلافاً لسحنون، فإنه أجازها بعد بدو الصلاح، على حكم الإجارة لما تقدم أنه تنعقد المساقاة عنده بلفظ الإجارة[2].

ولا تجوز المساقاة فيما يُخلِف من الشجر والنبات؛ وهو الذي يثمر ثمرة ثانية قبل جذ الثمرة الأولى في عامه كالموز والقَضْبِ والقُرط[3]. قال في التحفة:

«وامتنعتْ في مُخلِف الإطعَام كشَجرِ الموزِ على الدَّوام
وما يحِلُّ بَيعُه من الثَّمرْ وغيرُ ما يُطعم من أجل الصِّغرْ»[4]

والأصل في المساقاة ما في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرجُ منها، من ثمر أو زرع»[5]. وأخرج مالك نحوه عن سعيد بن المسيب مرسلاً بهذا اللفظ: «أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر: «أُقِركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم». قال: فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرُص بينه وبينهم، ثم يقول: إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلي، فكانوا يأخذونه»[6].

قال في الفتح عند حديث ابن عمر المتقدم: «واستُدل به على المساقاة في النخل والكرْم وجميع الشجر الذي من شأنه أن يثمر - بجزء معلوم يجعل

(١) الودِيُّ بتشديد الياء: صغار النخل، الواحدة: ودِيّة، النهاية ٥/١٧٠.
(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٧١٤.
(٣) منح الجليل ٣/٧٠٧.
(٤) البهجة ٢/١٩٠.
(٥) صحيح البخاري ٢/٨٢٠ وصحيح مسلم ٣/١١٨٦.
(٦) الموطأ ٢/٧٠٣.

للعامل من الثمرة، وبه قال الجمهور، وخصه الشافعي في الجديد بالنخل والكرم وألحق المقل بالنخل لشبهه به، وخصه داود بالنخل. وقال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز بحال، لأنها إجارة بثمرة معدومة أو مجهولة»[1] اهـ.

ومن بين الجمهور المشار إليه: أحمد بن حنبل فإنه قال بجواز المساقاة في جميع الشجر المثمر. قاله في المغني، قال: «وهذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور»[2] اهـ.

وقال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن دفع الرجل نخلاً مساقاة على الثلث أو الربع أو النصف، أن ذلك جائز، وأنكر النعمان المعاملة على شيء من الغرس ببعض ما يخرج منها»[3].

وإذا كان الإمام أبو حنيفة قال: إن المغارسة غير مشروعة فإن صاحبيه: أبا يوسف ومحمداً قالا: إنها مشروعة لحديث ابن عمر الآنف الذكر قاله الكاساني[4].

وقال الشافعي وأحمد: تجوز المساقاة على صغار النخل والشجر إذا كانا يثمران عادة في مدة المغارسة. قال في المغني: «وإذا ساقاه على وديِّ النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً، ويكون له فيها جزء من الثمر معلوم صح»[5] اهـ. ومثله في مغني المحتاج[6].

* * *

---

(١) فتح الباري ١٠/٥.
(٢) المغني ٣٩٢/٥ - ٣٩٣.
(٣) الإجماع لابن المنذر ص ١٠٠.
(٤) بدائع االصنائع ١٨٥/٦.
(٥) مغني المحتاج ٣٢٣/٢ والمغني ٤١٣/٥.
(٦) المغني ٤١٣/٥ ومغني المحتاج ٣٢٦/٢.

وعلَى الْعَامِلِ جَميعُ مَا يَفْتَقِرُ إلَيْهِ عُرْفاً كإبَارٍ وتَنْقِيَةٍ وَلاَ بأْسَ باشْتِرَاطِ بَعْضِ الْعَمَلِ عَلَى الْمَالِكِ، كَيَسِيرٍ يَبْقَى بَعْدَ الْعَمَلِ عَلَى الْعَامِلِ ، فَإنْ لَمْ تُحَدّ فإلَى الجِذَاذِ وإلاَّ فَإلى مَا حُدَّتْ إلَيْهِ إنْ لَمْ يَكْثُرْ جِدّاً.

* * *

يعني أن على العامل جميع ما يفتقر إليه الحائط عرفاً كالإبار ـ وهو تعليق طلع ذكر النخل على أنثاه ـ في الموسم المعهود لذلك. وكالسقي والحراسة والتنقية من كل ما يضر بالشجر والنبات، وعليه توفير الأدوات اللازمة لذلك حسبما تجري به عادة البلد.

قال في الكافي: «وعلى المساقى العامل في المساقاة تلقيح النخل والإبار والسقي والحفظ والجذاذ، وعليه في الكرم الزبْر[1]، والحفر والتنقية والسد والحفظ والقطاف، وكذلك عليه في كل ثمرة ما تحتاج إليه من العمل المعهود حسب جري العادة في البلد في مثل ذلك»[2] اهـ.

وقال المواق: «من المدونة والواضحة: السنة في المساقاة أن على العامل جميعَ المؤونة والنفقة والاجراء والدواب والدِّلاء والحبال والأدوات من حديد وغيره، إلا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم عقد المساقاة فإن للعامل أن يستعين به وإن لم يشترطه»[3] اهـ.

---

(١) زبْر الكرم: قطع ما لا خير فيه من أغصانه. قاله البستاني في محيط المحيط وقال: هو من كلام المولدين. انظر حرف الزاي من معجمه.

(٢) الكافي ٢/٧٦٧.

(٣) التاج والإكليل ٥/٣٧٦.

وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد[1]. وقال الشافعي: كل عمل يعود نفعه إلى الثمرة لزيادتها أو صلاحها أو يتكرر كل سنة كسقي وتنقية وتلقيح.. فهو على العامل، وكل عمل يعود نفعه إلى الأرض من غير أن يتكرر كل سنة، كبناء حيطان البستان وآلات العمل كالفأس والمِعول فهو على رب المال دون العامل، لاقتضاء العرف بذلك. قاله في الإقناع[2].

وقوله: «ولا بأس باشتراط بعض العمل...» إلخ يعني أنه لا بأس أن يشترط العامل على المالك بعض العمل كدابة ورقيق يستعين بهما في عمل الحائط، إذا كان الحائط كبيراً، لا إن كان صغيراً فلا يجوز، لأنه ربما كفاه ذلك مؤونة العمل فيصير كأنه اشترط جميع العمل على المالك. وعلى المالك خلف ما تلف مما شرطه العامل عليه[3].

ويجوز اشتراط ما قل من العمل على العامل كإصلاح جدار بالحائط وسدِّ حظيرة عليه إذا ما وهت أو سقط منها شيء، وكنس عين أو بئر للحائط لا حفرهما من أصلهما، كما أن عليه ما ذُكر إن جرت عادة البلد بتوليه له، وإن لم يكن شَرط أو عادة فعلى رب الحائط ذلك كله[4].

وقوله: «فإن لم تحدّ فإلى الجذاذ...» إلخ يَعني أن المساقاة إذا لم يحدد لها أجل معينٌ فإنها تنتهي عند الجذاذ والحصاد فإن كان الشجر يثمر مرة واحدة في السنة فالأمر واضح، وإن كان يثمر مرتين فتنتهي مدتها بالجذاذ الأول مالم يشترط الثاني.

أما إن حدد لها أجل معين فإنها تنتهي إليه ما لم يكثر جداً، والكثرة تختلف باختلاف الأصول وأمكنتها وجدتها وقدمها[5].

---

(١) المغني ٥/٤٠١ ـ ٤٠٢ وبدائع الصنائع ٦/١٨٧.
(٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/١٣.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٧٢٤ ـ ٧٢٥.
(٤) المرجع السابق ٣/٧١٨.
(٥) الشرح الصغير ٣/٧١٨ ـ ٧١٩.

ويشترط في تحديد المدة أن تكون إلى الزمن الذي يثمر فيه الشجر غالباً.

قال المواق: «من المدونة: قال مالك: الشأن في المساقاة إلى الجذاذ، لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة، وهي إلى الجذاذ إذا لم يؤجلاه. قال ابن القاسم: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجذاذ الأول حتى يشتَرط الثاني»[1] اهـ.

وعلى ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: والأمر عندنا في النخل أيضاً أنها تساقى السنين الثلاث والأربع، وأقل من ذلك وأكثر، قال: وذلك الذي سمعت، وكل شيء مثل ذلك من الأصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل»[2].

قال الباجي: «وقوله: إن النخل يجوز أن يساقى السنين الثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر، يريد ما لم يكثر جداً»[3].

وتقدم أن ذكرنا أن الكثرة تختلف باختلاف الأصول والمناطق وجدة الشجر وقدمه، فالمدار على أن لا تطول المدة طولاً تتغير فيه أصول الشجر ونحو ذلك.

وبما أن المساقاة عقد لازم فإن من أخذ النخل مساقاة لعدة سنوات فليس له ولا للمالك فسخ العمل حتى يتم الأجل، إلا إذا تراضيا قبل ذلك[4].

* * *

(١) التاج والإكليل ٥/٣٧٨.
(٢) الموطأ ٢/٧٠٨.
(٣) المنتقى ٥/١٣٤.
(٤) المرجع السابق.

وَإِذَا كَانَ فِي الْحَائِطِ بَيَاضٌ أَو زَرَعَ الثُّلُث فدُونَ، فَإِن اشْتَرَطَ الْعَامِلُ أَوْ سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ لَهُ. وَشَرْطُهُ لِربِّه مُفْسِدٌ، كَبَيْنِهِمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ الْبَذْرُ مِن الْعَامِلِ، كَأن اخْتَلَفَ الجُزءُ عِنْدَ غَيْرِ أَصْبَغَ.

* * *

يعني أن الحائط الذي عُملت فيه المساقاة ـ إذا كان فيه بياض شجر أو زرع وقت العقد، وكان البياض قليلاً بالنسبة للشجر أو الزرع بأن كانت أجرته بالنسبة لقيمة الشجر أو الزرع ـ الثلث فأقل وشرطه العامل لنفسه، أو سكتا عنه وقت العقد وبذره العامل من عنده، فإنه ـ أي البياض ـ يكون للعامل.

فإن شرطه رب المال لنفسه فسد عقد المساقاة، لأنه في هذه الحالة آل أمره إلى أن اشترط زيادة على العامل، وكذلك إذا اشترط أن يكون البياض بينهما فإن المساقاة تفسد أيضاً إن لم يكن البذر والمؤونة من العامل.

كما تفسد المساقاة إن اختلف جزء البياض عن جزء الشجر أو الزرع، إذ يُشترط في جواز هذه المسألة أن يوافق جزء البياض جزء الشجر أو الزرع، خلافاً لأصبغ فلا يشتَرط ذلك عنده(١).

والأصل في ذلك كلّه ما في الموطإ: «قال مالك في الرجل يساقي الرجل الأرض فيها النخل والكرم أو ما أشبه ذلك من الأصول، فيكون فيها الأرض البيضاء، قال مالك: إذا كان البياض تبعاً للأصل وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره، فلا بأس بمساقاته. وذلك أن يكون للنخل الثلثين أو أكثر،

(١) الشرح الصغير ٣/٧٢٠ ـ ٧٢٢.

ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك، وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل.

وإذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الأصول، فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء، وحرمت فيه المساقاة»[1] اهـ.

والبياض هو الأرض الخالية من الشجر أو الزرع، سمي بياضاً لمقابلته ضياء الشمس بالنهار ونور القمر بالليل.

تنبيـــه: إذا اختلف المالك والعامل فيما يقتضي صحة عقد المساقاة أو فساده ـ فالقول لمدعي الصحة بيمين، كأن يدعي أحدهما أن العامل جُعل له جزء معلوم مشاع. ويدعي الآخر أن الجزء مجهول، سواء كانت المنازعة قبل العمل أو بعده.

إلا إذا كان بلدهما يغلب في عرفه فساد هذا النوع من العقود فيصدق مدعي الفساد بيمين على المعتمد[2].

* * *

وَإِنَّما تَجُوزُ مُسَاقَاةُ الـزَّرْعِ وَكَالمَقْثَـأَةِ وَالْبَصَلِ بِبـرُوزِهِ وَخَوفِ هَلاَكِهِ، كَعَجْزِ رَبِّه عِنْدَ غَيْرِ سُحنُون وَاللَّهُ أَعْلَم.

* * *

يعني أن مساقاة الزرع وغيره من النبات كالقطن والقصب الحلو والبصل والمقثأة؛ ومنها الباذنجان والقرع ـ تجوز لكن يشترط في جوازها ـ زيادة على ما تقدم ـ ثلاثة شروط وهي:

---

(١) الموطأ ٢/٧٠٨ ـ ٧٠٩.

٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٥٥٠ والشرح الصغير ٣/٧٢٧ ـ ٧٢٨.

١ ـ أن يبرز الزرع وما عطف عليه فيخرج عن الأرض ليشابه الشجر.
٢ ـ أن يُخاف عليه الهلاك إن لم يُقم عليه.
٣ ـ أن يعجز ربه عن إتمام عمله، عند غير سحنون وابن نافع أما عندهما فتصح ولو لم يعجز ربه عن إتمامه.

قال في التحفة:

«إن المساقاة على المخْتار لازمةٌ بالعقد في الأشجار
والزرع لم يَيْبس وقد تُحقِّقَا قيل مع العجْز وقيل مُطلقا
وألحقوا المقاثي بالزَّرعِ وما كالوَرْد والقطن على مَا قدَّمَا»(١)

وفي الموطإ: «قال مالك: والمساقاة أيضاً تجوز في الزرع إذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه، فالمساقاة في ذلك أيضاً جائزة»(٢).

ولا تجوز مساقاة الزرع وما ألحق به عند الشافعي وأحمد(٣). أما أبو حنيفة فتقدم أن المساقاة لا تجوز عنده مطلقاً.

تنبيـه: إذا فسدت المساقاة بفقد شرط من شروطها المتقدمة واطلع عليها قبل العمل. فإنها تفسخ مطلقاً ولا شيء للعامل.

أما إن لَم يُطلع عليها إلا بعد العمل ففي ذلك تفصيل:

ـ فإن كانت مما يجب فيه كراء المثل تفسخ بعد العمل أيضاً. وللعامل أجرة مثله، ومما يجب فيه كراء المثل أن يخرج المالك والعامل في العقد عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وذلك كاشتراط المالك أو العامل ـ زيادة نقد أو عرض من الآخر، لأن

---

(١) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٣٤.
(٢) الموطأ ٢/٧٠٦.
(٣) مغني المحتاج ٢/٣٢٣ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٥/٤٦٦.

الزيادة إذا كانت من رب الحائط صار العامل أجيراً بعين أو عرض أو بجزء من الثمرة، وذلك إجارة فاسدة، وإن كانت الزيادة من العامل آل ذلك إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وذلك بيع فاسد.

- أما إن كانت مما يجب فيه مساقاة المثل عند الفساد - فإنها لا تفسخ بعد العمل، بل تمضي بمساقاة المثل، ومثال ما يجب فيها مساقاة المثل - أن تقع المساقاة في شجر بعد بدو صلاحه، أو تقع المساقاة مع بيع أو إجارة أو غيرهما من العقود التي لا يصح جمعها معها، وهي التي في البيتين الآتيين:

«نكاحٌ شِرْكةٌ صَرْفٌ وقَرْضٌ مُساقاةٌ قِراضٌ بيْعٌ جُعْلُ
فجمعُ اثنين منها الحَظْرُ فِيهِ فكن فَطِنا فإن الحِفْظ سَهْلُ»[1]

* * *

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٥٤٧/٣ - ٥٥٠.

بَابٌ فِي الإِجَارَةِ

الإِجَارَةُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى تَمْلِيكِ مَنْفَعَةٍ بِمَا يَـدُلُّ عُرْفاً.

وَشَرطُ الْعَاقِدِ وَالأَجرِ وَالمَنْفَعَةِ مَا تَقَدَّمَ في البَيْعِ.

* * *

الإجارة مشتقة من الأجر الذي هو العوض، قال تعالى ـ حكاية عن موسى عليه السلام ـ: ﴿لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْه أجراً﴾[1]. ومنه سمي الثواب أجراً، لأن الله يعوض العبد به على امتثال أوامره واجتناب نواهيه.

أما تعريفها شرعاً فكما ذكر المصنف: «عقد معاوضة على تمليك منفعة، بما يدل عرفاً». فاحترز بعقد المعاوضة عن الصدقة والهبة لغير ثواب، فهما تمليك بلا عوض، وبتمليك المنفعة عن البيع لأنه تمليك ذات بعوض، كما تقدم.

وقوله: «بما يدل عرفاً» يعني أن الإجارة تنعقد بما يدل على تمليك المنفعة بلفظ أو غيره، كالمعاطاة والكتابة والإشارة، حسبما هو جار في عرف بلد المتعاقدين، وكما أن المساقاة لا تنعقد بلفظ الإجارة عند ابن القاسم،

(١) الكهف: ٧٧.

فإن الإجارة كذلك لا تنعقد عنده بلفظ المساقاة، أما سحنون فتقدم أنه يجيز انعقاد كل منهما بالأخرى[1].

وقوله: «وشرط العاقد والأجر..» إلخ يعني أن العاقد ـ ويشمل المستأجر والأجير ـ يشترط فيه ما يشترط في البيع، كما يشترط ذلك في الأجر والمنفعة المعقود عليها.

فالأجير والمستأجر يشترط في صحة عقدهما العقل والطوع ويشترط في لزوم عقدهما التكليف والرشد.

أما الأجر فيشترط فيه أن يكون معلوماً طاهراً، مقدوراً على تسليمه، ومنتفعاً به انتفاعاً شرعياً؛ غير منهي عنه حسب ما تقدم في البيع، وأما المنفعة فيشترط فيها أن تكون مملوكة مقدوراً عليها وعلى منعها، لا ما لا يمكن منعها كشم الرياحين، وأن تكون معلومة بالزمن كالمياومة والمشاهرة، أو بانتهاء العمل كالخياطة ونحو ذلك. وأن تكون مباحة لا محرمة ولا متعينة[2] وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله.

والأصل في الإجارة الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقال تعالى: ﴿قالت إحداهما: يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ. قال: إِنِّي أُرِيدُ أن أُنكِحَكَ إِحدى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ...﴾[3].

قال ابن العربي: «قوله: «اسْتَأْجِرْهُ» دليل على أن الإجارة بينهم وعندهم مشروعة معلومة، وكذلك كانت في كل ملة، وهي من ضرورة الخليقة ومصلحة الخلطة بين الناس، خلافاً للأصم»[4] اهـ. وترجم البخاري

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/٧.
(٢) الشرح الصغير ٤/٥ ـ ٨ وقوانين ابن جزي ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.
(٣) القصص ٢٥ ـ ٢٧.
(٤) أحكام القرآن ٣/١٤٦٦.

لهذه الآية فقال: «باب استئجار الرجل الصالح»[1]. وقال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[2].

أما السنة فأخرج البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم». فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: «نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»[3]. وفي صحيح البخاري أيضاً عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «قال الله تعالى: ﴿ ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»[4]. والأحاديث في هذا الباب كثيرة، خرجها البخاري وغيره وسنأتي ببعضها عند فروع تتعلق بها.

وأما الإجماع فقال ابن قدامة: «واجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك، لأنه غرر، يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار»[5].

وقال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الإجارة ثابتة»[6]. وذكر الإجماع على كثير من المسائل الفرعية في هذا الباب سنوردها في محلها إن شاء الله.

* * *

وتَفْسدُ إن تَضَمَّنتْ اسْتِيفاءَ عَيْنٍ، وَفِي المتَعَينِ كَالصَّلاةِ

---

(١) صحيح البخاري ٢/٧٨٩.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) صحيح البخاري ٢/٧٨٩.

(٤) المرجع السابق ٢/٧٩٢.

(٥) المغني ٥/٤٣٣.

(٦) الإجماع لابن المنذر ص ١٠١.

وَبِالْمَمْنُوعِ كَآلَةِ لَهْوٍ. وَيَجِبُ تَعْجِيلُ الأَجْرِ إِنْ عُيِّنَ أَوْ كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ مَضْمُونَةً لَمْ يُشْرَعْ فِيهَا.

* * *

تفسد الإجارة إن تضمنت المنفعة استيفاء ذات قصداً كاستئجار نخلة لأكل ثمرتها أو شاة لشرب لبنها، لأن المقصود إنما هو أكل الثمرة وشرب اللبن، واستثنوا من ذلك مسألة الظئر للرضاع كما سيأتي، وكذلك استئجار أرض فيها بئر أو عين للانتفاع بمائهما.

وكذلك استئجار شاة للبنها إن وجدت الشروط التي يجوز بها بيع لبنها[1]. وهي:

١ - أن تكون الشاة التي وقع العقد على لبنها غير معينة.

٢ - أن تكون الأغنام التي منها الشاة معينات.

٣ - أن تكون الأغنام المعينة كثيرة لا تقل عن عشرة.

٤ - أن يكون الشراء لأجل.

٥ - وأن يكون الأجل لا ينقص اللبن قبله.

٦ - أن يعرف وجه حلاب تلك الأغنام بالتحري.

٧ - أن تكون متقاربة اللبن.

٨ - وأن يكون الشراء في إبان اللبن. أي في الفترة التي يكثر فيها لبن الشاة[2].

قلت: ومثل الشاة البقرة والناقة، وقد عمت البلوى في بعض بلادنا باستئجارهما للبنهما دون مراعاة الشروط الآنفة الذكر، والتي تعتبر من الصعوبة بمكان.

(١) حاشية الدسوقي ٤/٢٠ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/١٠.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/١٥٢.

وتفسد الإجارة ـ بإجماع ـ إذا وقعت فيما يتعين على الشخص نفسه، كالصيام والصلاة ولو تطوعاً كركعتي الفجر، أما ما لا يتعين على الشخص نفسه كغسل الميت ودفنه على من لم يتعينا عليه فتجوز الإجارة عليه، كما تفسد الإجارة بإجماع إن وقعت بممنوع. وهذا داخل فيما تقدم من أن الأجر يشترط فيه ما يشترط في البيع.

قال ابن رشد (الحفيد): «فمما اجتمعوا على إبطال إجارته: كل منفعة كانت لـشيء محرم العين، كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات، وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع، مثل الصلاة وغيرها»[1]. وقال ابن المنذر: «وأجمعوا على إبطال أجرة النائحة والمغنية»[2].

ويجب تعجيل الأجر إن كان معيناً كثوب، لأن عدم تعجيله يؤدي إلى بيع معين يتأخر قبضه، وتقدم أن ذلك ممنوع. ومحل ذلك إذا شُرط التعجيل أو كان العرف تعجيله.

كما يجب تعجيل الأجر إذا لم يعين ووقعت الإجارة على منفعـة مضمونة في ذمة المؤجر ولم يشرع فيها، كأن يقول المستأجر: استأجرتك على فعل كذا، في ذمتك، تعمله بنفسك أو غيرك، أو على أن تحملني على دابة أو سيارة من دوابك أو سياراتك ـ إلى بلد كذا بدراهم مثلاً، فإن شرع في العمل جاز ذلك على المشهور، لانتفاء الدين، بالدين، بناء على أن قبض الأوائل قبض للأواخر.

وقيل لا بد من تعجيل الأجرة ولو شرع نظراً للقول القائل بأن قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر، وإن لم يشرع في العمل أو تأخر الشروع أكثر من ثلاثة أيام فلا يجوز ذلك إلا إذا عجل جميع الأجر[3].

* * *

(١) بداية المجتهد ٢/٢٢٠.
(٢) الإجماع لابن المنذر ص ١٠٢.
(٣) الشرح الصغير ٤/١٢ ـ ١٥.

وَلَا تَصِحُّ بِمَا جُهِلَ كَالطَّحْنِ وَلَكَ النُّخَالَةُ، وَلَا كِرَاءِ أرْضٍ بِطَعَامٍ أوْ بِمَا تُنْبِتُهُ إلَّا الْخَشَبَ، وَلَا اعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي وَلَكَ نِصْفُ مَا حَصَلَ أوْ أكْرِهَا، ويجوزُ احْتَطِبْ عَلَيْها فيما عُلِمَ ولَكَ نِصْفُهُ واحْصُدْهُ لَا ادْرُسْهُ.

* * *

لا تصح الإجارة بما جهل من الأجر، كأن يقول رب الزرع لطحان: اطحنه ولك نخالته لجهل قدر النخالة، أما إذا قال: اطحن ولك قدر كذا من النخالة منه أو من غيره فيجوز ذلك، ومثل ذلك السلاخ، فلا يجوز أن يؤجر بجلد ما يَسْلخُ لاحتمال قطع الجلد وتلفه وقت السلخ، وفي ذلك غرر غير يسير، ومثل ذلك سلخ الشاة ونحوها بجزء من لحمها كرقبتها وكَرِشها، أما إذا أوجر السلاخ بجلد مسلوخ أو بلحم مرئي من غيرها فلا يمنع، فإن طحن الأجير أو سلخ في حالة المنع فله أجرة مثله[1].

وبه قال الشافعي وأحمد[2].

ولا يجوز كراء أرض ـ للزراعة ـ بطعام ولو لم تنبته كلبن وعسل، ولا بما تنبته ولو غير طعام كقطن وكتان إلا الخشب فيجوز كراؤها به وبنحوه مما يطول مكثه فيها ففي المدونة: «قال مالك: ولا بأس بكراء الأرض بالعود يريد الهندي وبالصندل والحطب والخشب والجذوع. قال سحنون: لأن هذه الأشياء يطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها وإن كانت تنبتها الأرض». نقله المواق[3].

(١) الشرح الصغير ٤/١٨ ـ ١٩.
(٢) مغني المحتاج ٢/٣٣٥ والمغني ٥/٤٤١ ـ ٤٤٢.
(٣) التاج والإكليل ٥/٤٠٢.

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد ـ في إحدى روايتيه ـ: يجوز كراؤها بما تنبت، وبطعام ولو مما يخرج مثله منها، وقال أحمد في روايته الأخرى ـ وبها صدر في المغني ـ: لا يجوز كراؤها بطعام من جنس ما يزرع فيها، قالاه في المغني ورحمة الأمة(1).

ولا يجوز لرب دابة ونحوها أن يقول لعامل: اعمل على دابتي أو سيارتي أو اعمل في حانوتي وما حصل من أجرة أو ثمن فلك نصفه فذلك فاسد، لما فيه من الجهل بقدر الأجرة، كما لا يجوز أن يقول: أكر دابتي لغيرك ولك نصف ما حصل من كرائها فيمنع ذلك للعلة الآنفة الذكر.

فإن عمل العامل يكون له في الدابة والسيارة الأجر كله، وعليه أجرة المثل للمالك، أما في مسألة: اكْرِها فإن العامل إن أكراها يكون له أجرة مثله والأجرة التي اكتُريت بها تكون لربها كلها.

قال المواق: «من المدونة: وإن دفعت إليه دابة أو إبلاً أو داراً أو سفينةً أو حماماً على أن يكري ذلك وله نصف الكراء لم يجز، فإن نزل كان لك جميع الكراء وله أجر مثله، كما لو قلت له: بع سلعتي فما بعتها به من شيء فهو بيني وبينك، أو قلت له: فما زاد على مائة فبيننا فذلك لا يجوز والثمن لك وله أجر مثله»(2) اهـ.

ثم قال المواق: «ولو أعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها فما أصاب بينكما لم يجز ذلك، فإن عمل عليها فالكسب ها هنا للعامل وعليه كراء المثل في ذلك ما بلغ، وكأنه اكترى لك كراء فاسداً، والأول أجر نفسه منك إجارة فاسدة، فافترقا»(3) اهـ.

قلت: يدل كلام المدونة الذي نقل المواق آنفاً على أن من قال

---

(1) المغني ٥/٤٣٠ ـ ٤٣١ ورحمة الأمة ص ٢٣٤.
(2) التاج والإكليل ٥/٤٠٤.
(3) التاج والإكليل ٥/٤٠٤.

لسمسار: بع هذه السلعة بكذا وما زاد فهو لك أو بيننا، أو بعها ولك من الربح كذا ـ أن ذلك لا يجوز، وقد عمّت به البلوى فإن وقع فالربح كله لرب المال وللسمسار أجر مثله.

وقوله: «ويجوز احتطب عليها...» إلخ يعني أن رب الدابة أو السفينة يجوز أن يقول للأجير: احتطب عليها ولك نصف ما حصل من الحطب إذا كان قدر الحطب معلوماً بشرط أو عادة.

والفرق بين هذا وقوله: «اعمل ولك نصف ما حصل أن ذلك يعني نصف الأجر. وهذا يعني نصف الحطب، ولذلك لو قال له: احتطب ولك نصف ثمن الحطب ـ فإن ذلك لا يجوز.

ويجوز أن يقول للأجير: احصد هذا السنبل ولك نصفه أو أي جزء منه لأن السنبل مرئي فيجوز ذلك فيه للعلم بالأجرة وما أوجر عليه، ومثل ذلك أن يقول له: جذ هذا النخل ولك نصفه أو جز هذا الصوف ولك نصفه. بخلاف ما إذا قال له: ادرس السنبل ولك جزء معين مما يخرج منه، لأنه لا يدري كم يخرج من الحب ولا كيف يخرج[1]. ففي هذه كان الغرر فاحشاً وفي الأولى كان يسيراً مغتفراً.

والأصل في ذلك كله حديث: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر» وتقدم تخريجه عند مالك ومسلم[2]. وتقدم أن نقلنا كلام الباجي وغيره في التفريق بين الغرر الفاحش والغرر اليسير[3] وهذا ما نراه وارداً هنا في باب الإجارة، لأنها كالبيع كما تقدم.

وقد استدل البيهقي بالحديث الآنف الذكر. على منع الجهالة في الإجارة فقال: «باب: لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، وتكون الأجرة معلومة ـ استدلالاً بما روينا في كتاب البيوع عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع

(١) الشرح الصغير ٤/٢٤ ـ ٢٦.
(٢) الموطأ ٢/٦٦٤ وصحيح مسلم ٣/١١٥٣.
(٣) المنتقى ٥/٤١.

الغرر، والإجارات: صنف من البيوع والجهالة فيها غرر»[1].

* * *

وَلَا بَأْسَ باسْتِئْجارِ دَابَّةٍ لِكَذَا عَلَى أَنَّهُ إِنْ اسْتَغْنَى حَاسَبَ وَيَجُوزُ طُولُ المُدَّةِ فِيمَا لَا يَتغيَّر غَالِباً، وَالنَّقْدُ تَطَوُّعاً كَبِشَرْطٍ إِنْ غَلَبَتِ السَّلَامَةُ، وَكِراءُ دَابَّةٍ بَعْدَ شَهْرٍ إِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ النَّقْدَ وَيَجُوزُ للضَّرُورَةِ إِيجَارُ المُرضِعِ.

* * *

يعني أنه يجوز كراء دابة لمدة معينة ومسافة معينة ـ على أنه إن استغنى عنها قبل انتهاء المسافة أو المدة حاسب المكري بما ينوب المسافة التي قطع بها. وهذا بشرط أن لا ينقد الأجرة، فإن نقدها لم يصح ـ للتردد بين السلفية والثمنية[2].

والظاهر أنه لا فرق بين دابة وغيرها من وسائل النقل كالسيارة كما سيأتي فلا بأس باستئجارها على أنه إن استغنى عنها أثناء المدة أو المسافة حاسب.

ويجوز طول مدة الإجارة فيما لا يتغير غالباً كالأرض والدور، قال في الكافي: «ولا بأس بكراء الدار سنين؛ عشراً أو أكثر، ويكره في دور الأحباس وغيرها طول المدة خوفاً من ذهاب الناس، وادعاء الاستحقاق بالسكنى،

(١) لسنن الكبرى ٦/١٢٠.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/١١.

ولكنه لا يفسخ العقد فيها، ولا في غيرها من الدور والأرضين وما أشبهها لطول مدة، لأنها مأمونة لا غرر يدخل إجارتها»[1] اهـ.

وفي الموطأ عن مالك: «أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضاً، فلم تزل في يديه بكراء حتى مات. قال ابنه: فما كنت أراها إلا لنا، من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته، فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها: ذهب أو ورق»[2] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد. قال في المغني: «ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة، بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت»[3] ومثله في مغني المحتاج ونحوه في اللباب[4]. إلا أن أبا حنيفة لا يجوز عنده طول مدة الإجارة في الأوقاف كيلا يدعي المستأجر ملكها. قاله في الهداية. قال «وهي ما زاد على ثلاث سنين، وهو المختار»[5] اهـ.

وقوله: «والنقد تطوعاً..» إلخ يعني أن الشيء المستأجر يجوز نقد الأجرة فيه تطوعاً وبشرط، إن كان الغالب فيه عدم التغير في مدة الإجارة، وأما إن كان الغالب فيه عدم السلامة من التغير مدة الإجارة فلا يجوز فيه العقد ولا النقد، وإن احتمل الأمرين جاز العقد عند ابن عرفة وابن شأس وامتنع عند ابن الحاجب والتوضيح[6].

ويجوز الاستئجار على طرح ميتة ونحوها، كعذرة وكنس مرحاض، ولو أدى ذلك إلى مباشرة النجاسة للضرورة. ويجوز أيضاً الاستئجار على تنفيذ القصاص، فلأولياء الدم أن يؤاجروا من يقوم بتنفيذه إذا ثبت بحكم قاض

(١) الكافي ٧٤٦/٢.
(٢) الموطأ ٧١٢/٢.
(٣) المغني ٤٣٧/٥.
(٤) مغني المحتاج ٣٤٩/٢ واللباب ٨٨/٢.
(٥) الهداية ٢٣٢/٣.
(٦) حاشية البناني على شرح الزرقاني ١٢/٧ والتاج والإكليل ٤٠٨/٥.

عدل، كجائر إن عُلم صحة ذلك وعدالة البينة. قاله عق[1].

وقوله: «وكراء دابة بعد شهر...» إلخ يعني أنه يجوز كراء دابة ونحوها على أن لا يقبضها المكتري إلا بعد شهر من يوم الكراء إن لم يشترط مكريها نقد الأجرة فإن شرطه منع ذلك للتردد بين السلفية والثمنية، أما النقد تطوعاً فلا يضر[2].

والأصل في جواز كراء الدواب وغيرها من وسائل النقل قوله تعالى: ﴿ وتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالِغيهِ إلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿ وعَلَيْهَا وَعَلَى الْفُلْكِ تُحمَلون ﴾[4] وعن أبي أمامة التيمي قال: كنت رجلاً أكري في هذا الوجه، وكان ناس يقولون: إنه ليس لك حج، فلقيت ابن عمر فقلت: يا أبا عبد الرحمن: إني رجل أكري في هذا الوجه، وإن ناساً يقولون: إنه ليس لك حج، فقال ابن عمر: أليس تحرم وتلبي وتطوف بالبيت وتُفيض من عرفات وترمي الجمار؟ قال: قلت: بلى، قال فإن لك حجاً.

جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن مثل ما سألتني عنه، فسكت عنه رسول الله، فلم يجبه حتى نزلت هذه الآية: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أن تَبْتَغُوا فَضلًا مِن رَبِّكُمْ ﴾[5] فأرسل إليه رسول الله ﷺ وقرأ عليه هذه الآية، وقال: «لك حج». أخرجه أبو داود، وترجم له بباب الكراء، قال المنذري: «أبو أمامة هذا لا يعرف اسمه» قال: «وقال أبو زرعة الرازي: كوفي، لا بأس به». وأخرجه البيهقي وترجم له بباب كراء الإبل والدواب، والحاكم وصححه وترجم له بباب التجارة والكراء في الحج[6].

---

(١) الشرح الصغير ٤/٢٨ ـ ٢٩ وشرح الزرقاني لخليل ٧/١٢ ـ ١٣.
(٢) الشرح الصغير ٤/٣٠.
(٣) النحل: ٧.
(٤) غافر: ٨٠.
(٥) البقرة: ١٩٨.
(٦) مختصر سنن أبي داود ٢/٢٨٠ والمستدرك ١/٤٤٩ والسنن الكبرى ٦/١٢١.

وفي الحديث أيضاً دليل على صحة حج الجمالين ونحوهم ممن يعرفون اليوم بالمقاولين؛ الذين يتكلفون بنقل الحجاج والمعتمرين، جواً أو براً أو بحراً، ولذلك أورده أبو داود والحاكم في كتاب الحج. أما البيهقي فأورده في كتاب الإجارات.

ونقل ابن رشد الإجماع على جواز كراء الدواب والسفن فقال ـ بعد أن استدل بالآيتين المتقدمتين وبآية: ﴿ وَالْخَيْلَ وَالبِغَالَ والحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾[1] ـ ما نصه: «فملكنا الله تعالى الأنعام والدواب وذللها لنا وأباح لنا تسخيرها والانتفاع بها رحمة منه تعالى بنا، وما ملكه الإنسان وأجاز له تسخيره من الحيوان فكراؤه له جائز بإجماع أهل العلم، لا اختلاف بينهم في ذلك»[2] اهـ.

وقوله: «ويجوز للضرورة إيجار المرضع». يعني أنه يجوز إجارة مرضع على رضاع صبي حولاً أو حولين بأجر معين، سواء كانت الأجرة طعاماً أو غيره، بل يجوز أن تشترط عليهم طعامها وكسوتها، ولا يكون هذا من بيع طعام بطعام. أو مجهول بمجهول. وتقدم أنه أيضاً مستثنى مما كان فيه استيفاء عين قصداً، وذلك كله للضرورة[3].

والأصل في جواز الإجارة على الاسترضاع قوله تعالى: ﴿ فإنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فآتوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ﴾[4] وقوله عز وجل: ﴿ وإنْ أَرَدْتُمْ أن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُم إِذَا سَلَّمْتُم مَا آتَيْتُم بِالمَعْرُوفِ ﴾[5].

وقال ابن المنذر: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن للرجل

(١) النحل: ٨.
(٢) المقدمات الممهدات ٢/١٨٣ ـ ١٨٤.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/٣١.
(٤) الطلاق: ٦.
(٥) البقرة: ٢٣٣.

أن يستأجر أمه أو أخته أو ابنته أو خالته لرضاع ولده»[١].

تنبيـه: إذا آجرت المرضع نفسها بغير إذن زوجها فله فسخ الإجارة، أما إن كان ذلك بإذنه فليس له فسخها ولا وطء الزوجة إلا بإذن المستأجر.

ولأهل الرضيع فسخ الإجارة إن حملت المرضع زمن الرضاع، لأن الحمل مظنة تضرر الولد بلبانها[٢].

وقال أحمد: يجوز وطء المرضع ولو أذن الزوج في استئجارها، وعلل ذلك بأن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه. قاله في المغني[٣].

ومثله لأبي حنيفة والشافعي قال في اللباب: «وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها، فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها»[٤] اهـ. وقال في مغني المحتاج: «وليس لمستأجرها منع الزوج من وطئها في أوقات فراغها خوف الحبل وانقطاع اللبن على الأصح»[٥] اهـ.

* * *

وكُرِه حَلْيٌ، كإيجارِ مُسْتَأجِرٍ دَابَّةٍ لمثْلِهِ، وَأجْرَةٌ عَلَى تَعْليم علمٍ دينيٍّ إلاَّ القرآن، وإيجارُ مُسلِمٍ لكافِرٍ فيمَا يحِلُّ كَخيَاطةٍ في مَحَلٍّ لِكَافرٍ بِلا إهَانَةٍ وَإلاَّ مُنِعَ.

* * *

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم ١/٢٢١.
(٢) الشرح الصغير ٤/٣١ ـ ٣٢ والتاج والإكليل ٥/٤١١.
(٣) المغني ٥/٤٩٨.
(٤) اللباب ٢/١٠١.
(٥) مغني المحتاج ٢/٣٣٨.

يعني أنه يكره إيجار الحلي ذهباً كان أو فضة، لأن ذلك ليس من أخلاق الناس، قاله مالك. «قال ابن يونس: ومعنى ذلك أنهم كانوا يرون زكاة الحلي أن يعار، فلذلك كرهوا أن يكرى» نقله المواق[1].

وقال الثلاثة بجواز إجارته بدون كراهة قاله في المغني[2].

كما يكره إيجار دابة مستأجرة لمثل المؤجر في الأمانة إن كان مثله في الثقل أو أخف، قال الحطاب ـ نقلاً عن المدونة: «وكره مالك ـ لمكتري الدابة لركوبه كراءها من غيره، كان مثله أو أخف منه، فإن أكراها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إن كان اكتراها فيما أكراها فيه من مثله في حاله وأمانته وخفته»[3] اهـ.

وقال الثلاثة: يجوز استئجار العين المستأجرة لمن يقوم مقام المستأجر أو دونه في الضرر[4].

وتكره الإجارة على تعليم علم ديني كالحديث والفقه وكذلك اللغة العربية ونحو ذلك، مخافة أن يقل طلبة العلم الشرعي، ولأن ذلك خلاف ما عليه السلف الصالح[5]. وقال ابن يونس: الصواب جواز الإجارة على تعليم ذلك. نقله المواق[6]. إلا القرآن فتجوز الإجارة على تعليمه مشاهرة أو على الحفظ لبعضه أو كله. قاله مالك في المدونة[7].

والأصل في ذلك ما في صحيح البخاري: «عن ابن عباس أن نفراً من

---

(١) التاج والإكليل ٥/٤١٥.
(٢) المغني ٥/٥٤٥ ـ ٥٤٦.
(٣) مواهب الجليل ٥/٤١٦.
(٤) المغني ٥/٤٧٨ ومغني المحتاج ٢/٣٥٠.
(٥) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/٣٤.
(٦) التاج والإكليل ٥/٤١٨.
(٧) المدونة ٣/٣٩٦.

أصحاب النبي ﷺ مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال: هل فيكم من راق؟ إن في الماء رجلاً لديغاً أو سليماً فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء فبرأ، فجاء بالشاء إلى أصحابه، فكرهوا ذلك وقالوا: أخذت على كتاب الله أجراً، حتى قدموا المدينة فقالوا: يا رسول الله: أخذ على كتاب الله أجراً، فقال رسول الله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله»[1].

ونحوه في صحيح مسلم، وليس فيه: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله»[2]. غير أن مسلماً قد أخرج من حديث سهل بن سعد الساعدي المتقدم في كتاب النكاح: «انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن»[3].

وفي هذا دليل واضح على جواز الإجارة على تعليم القرآن.

قال في الفتح ـ عند حديث ابن عباس ـ المتقدم: «واستدل به للجمهور في جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وخالف الحنفية فمنعوه في التعليم، وأجازوه في الرُّقى كالدواء، قالوا: لأن تعليم القرآن عبادة والأجر فيه على الله، وهو القياس في الرقى، إلا أنهم أجازوه فيها لهذا الخبر»[4] اهـ. ومثله في إكمال الإكمال[5].

وما ذكر الحافظ عن الحنفية قاله صاحب الهداية، واستدل لعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن بحديث: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به..» أخرجه أحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن شِبل مرفوعاً. وحديث عبادة بن الصامت قال: «كان النبي ﷺ إذا قدم الرجل مهاجراً دفعه إلى رجل

---

(١) صحيح البخاري ٥/٢١٦٦.
(٢) صحيح مسلم ٤/١٧٢٧.
(٣) صحيح مسلم ٢/١٠٤١.
(٤) فتح الباري ٤/٣٧٢.
(٥) إكمال الإكمال ٦/١٦.

منا يعلمه القرآن فدفع إليَّ رجلاً كان معي وكنت أقرأته القرآن فانصرفت يوماً إلى أهلي فرأى أن عليه حقاً فأهدى إلي قوساً ما رأيت أجود منها عوداً ولا أحسن منها عطافاً، فأتيت النبي ﷺ فاستفتيته، فقال: «جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها». أخرجه أبو داود والحاكم، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. قاله الزيلعي فيهما..[1].

غير أن صاحب الهداية قال مؤخراً: «وبعض مشايخنا، استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن، وعليه الفتوى»[2] اهـ.

ولأحمد روايتان: إحداهما تمنع الاستئجار على تعليم القرآن والأخرى تجيزه، ورواية المنع اقتصر عليها في الروض المربع، وصدر بها في المغني. واستدل لها: بالحديثين الآنفي الذكر[3].

وقوله: «وإيجار مسلم لكافر» يعني أنه يكره إيجار مسلم حر أو رقيق لكافر فيما يحل شرعاً كخياطة وبناء، ما لم يكن المسلم يفعل ذلك وهو ماكث في محله، فيجوز بدون كراهة.

أما إيجار المسلم فيما لا يحل شرعاً كعصر خمر ورعي خنزير فلا يجوز، كما لا يجوز إذا كان فيما يحل شَرعاً وكان إهانة للمسلم، كخدمته له في البيت يقدم له الطعام والشراب ويغسل له يديه[4].

والأصل في إيجار المسلم للكافر حديث خباب قال: «كنت رجلاً قيناً فعملت للعاص بن وائل فاجتمع لي عنده فأتيته أتقاضاه، فقال: لا والله لا أقضيك حتى تكفر بمحمد! فقلت: أما والله حتى تموت ثم تبعث فلا، قال:

---

(١) نصب الراية ٤/ ١٣٦-١٣٧.
(٢) الهداية ٣/ ٢٤٠.
(٣) الروض المربع ٢/ ٢١٦ والمغني ٥/ ٥٥٥ - ٥٥٦.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٣٥ - ٣٦.

وإني لميت ثم مبعوث؟ قلت: نعم قال: فإنه سيكون لي ثَم مال وولد فأقضيك فأنزل الله تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتَ الذِي كَفَرَ بِآيَاتِنَا وَقَالَ لأُوتَيَنَّ مَالاً وَوَلَداً﴾[1] أخرجه البخاري وترجم له بقوله: «باب هل يؤاجر الرجل نفسه من مشرك في أرض الحرب»[2].

قال في الفتح: «أورد فيه حديث خباب ـ وهو إذ ذاك مسلم ـ في عمله للعاص بن وائل وهو مشرك، وكان ذلك بمكة، وهي إذ ذاك دار حرب واطلع النبي على ذلك وأقره، ولم يجزم المصنف بالحكم لاحتمال أن يكون الجواز مقيداً بالضرورة، أو أن جواز ذلك كان قبل الإذن في قتال المشركين ومنابذتهم، وقبل الأمر بعدم إذلال المؤمن نفسه». ثم قال: «وقال ابن المنير: استقرت المذاهب على أن الصناع في حوانيتهم يجوز لهم العمل لأهل الذمة، ولا يعد ذلك من الذلة، بخلاف أن يخدمه في منزله، وبطريق التبعية له. والله أعلم»[3] اهـ.

أما العكس فيجوز وهو أن يؤاجر مسلم كافراً يعمل له أو يخدمه، لأنه لا إهانة فيه للمسلم وإنما الإهانة للكافر.

ففي صحيح البخاري من حديث عائشة قالت: «واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدِّيل[4]، هادياً خِرِّيتاً[5]، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث»[6].

وقد صح أن رسول الله ﷺ كان يخدمه غلام يهودي «فمرض فأتاه

---

(١) مريم ٧٧.
(٢) صحيح البخاري ٢/٧٩٥.
(٣) فتح الباري ٤/٣٧١.
(٤) الدِّيل بالكسر: حي من عبد القيس. القاموس المحيط ٣/٣٧٨.
(٥) الخريت: الماهر بالهداية، صحيح البخاري ٢/٧٩٠.
(٦) المرجع السابق.

النبي ﷺ يَعوده فقال: «أسلم» فأسلم. أخرجه البخاري عن أنس في باب عيادة المشرك[1].

قال ابن بطال: «عامة الفقهاء يجيزون استئجارهم - يعني المشركين - عند الضرورة وغيرها، لما في ذلك من المذلة لهم، وإنما الممتنع أن يؤاجر المسلم نفسه من المشرك لما فيه من إذلال المسلم». نقله الحافظ في الفتح[2].

قلت: والمنع الذي ذكر مقيد بما تقدم من كون العمل فيه إذلال للمسلم كخدمته له في بيته، أو في عمل حرام كعصر الخمر، ونحو ذلك، كما تقدم.

* * *

ولِرَاعٍ رعْيُ أخرى إنْ قَوِيَ ولم يَشْرِطْ عدَمها، والمستأجرُ أمينٌ فَشَرطُ ضمانِه مُفسدٌ، ولاَ يضمَنُ سِمْسَارٌ وَلاَ نُوتيٌ غَرِقَتْ سَفِينَتهُ بسائغٍ.

* * *

من استؤجر لرعي ماشية معينة جاز له رعي ماشية أخرى بأجر أو بدونه - إن قوي على رعي الجميع ولو بمساعدة غيره إن لم يشترط عليه عدم ذلك، فإذا لم يقو على رعي الجميع، أو قوي عليه واشترط عليه رب الأولى أن لا يرعى معها أخرى فليس له ذلك. فإن خالف ورعى معها أخرى - فإن الأجرة تكون لرب الماشية الأولى. ولا يلزم الراعي رعي ما ولدته الماشية بعد الإجارة إلا لشرط أو عرف.

(١) صحيح البخاري ٢١٤٢/٥.
(٢) فتح الباري ٣٦٤/٤.

وكذلك المستأجر لخدمة ليس له أن يؤجر نفسه في خدمة أخرى، فإن فوت على المستأجر الأول بعض أو كل ما استأجره عليه فأجرته تكون له، وإن شاء أسقط عن نفسه أجرة ما فوته عليه. فإن لم يفوت عليه شيئاً وقام بجميع العمل الذي استأجره عليه، فلا كلام لمستأجره[1].

وتقدم الدليل على جواز الإجارة على رعي الماشية بحديث أبي هريرة عند البخاري: «ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم». فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: «نعم كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»[2]. قال الشوكاني: «وفي الحديث دليل على جواز الإجارة على رعي الغنم، ويلحق بها في الجواز غيرها من الحيوانات»[3] اهـ.

والمستأجر لشيء من الحيوان أو غيره ـ أمين لا ضمان عليه إذا ادعى التلف أو الضياع، مثله مثل المستعير والمودع، قال في التحفة:

«والأُمـنَـاءُ فـي الـذي يـلونـا ليسُـوا لشيء منه يضمنـونـا»[4]

فإن كان متهماً حلف أنه ضاع أو تلف، وأنه ما فرط فيه، وإن كان غير متهم فلا يحلف، وقيل يحلف على نفي التفريط فقط[5].

وإن شرط عليه الضمان فسدت الإجارة، وتفسخ قبل الفوات، إلا أن يسقط الشرط قبل الفوات بانقضاء العمل فتصح[6].

وإن اطلع عليه بعد العمل فله أجر مثله[7].

---

(١) الشرح الصغير ٤/٣٧ ـ ٣٩.
(٢) صحيح البخاري ٢/٧٨٩.
(٣) نيل الأوطار ٦/٢٠.
(٤) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٧٢.
(٥) الشرح الصغير ٤/٤١ ـ ٤٢.
(٦) شرح الزرقاني لخليل ٧/٢٦.
(٧) الشرح الصغير ٤/٤٢.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، أي إن المستأجر أمين لا ضمان عليه فيما ضاع أو تلف بلا تعد ولا تفريط منه(١).

ولا يضمن سمسار ذو خير وأمانة إذا ادعى ضياع شيء مما كان بيده من السلع بغير تعد ولا تفريط على الأظهر.

أما إذا ادعى أنه باع السلعة من رجل عينه وأنكر الرجل ذلك، فلا خلاف أنه يضمن، لتفريطه بعدم الإشهاد. نقله الحطاب عن نوازل ابن رشد(٢).

وقوله: «ولا نوتي غرقت سفينته بسائغ». يعني أن عامل السفينة وهو من ينسب إليه سيرها، سواء كان ربها أم لا - لا ضمان عليه في نفس ولا مال إن غرقت السفينة بفعل منه سائغ أي جائز له عمله؛ كتحويل سير لما فيه المصلحة عادة ونحو ذلك، وأولى في عدم الضمان إن غرقت بغير فعله كهيجان البحر واختلاف الريح ونحو ذلك من الأمور السماوية.

ومفهوم قوله: «بفعل سائغ». أنها إن غرقت بفعل منه غير جائز - ومنه زيادة حمولتها - أنه يضمن المال والأنفس فإن تعمد الفعل فالقصاص، وإلا فالدية عليه في ماله وقيل على عاقلته(٣).

* * *

وَيَضمَنُ الصَّانِعُ مصنوعَه إن نَصبَ نفْسَه وغَابَ عليْه والحقَ بعضُهم به السِّمسَارَ، وصُدِّق الأجِيرُ إن ادَّعى ضَياعاً أوْ خَوْف موْتٍ فنَحرَ.

* * *

(١) اللباب ٢/٩٥ ومغني المحتاج ٢/٣٥١ والمغني ٥/٥٣٥ - ٥٣٦.

(٢) مواهب الجليل ٥/٤٢٩.

(٣) الشرح الصغير ٤/٤٥ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٧/٢٨.

يعني أن الصانع الذي نصب نفسه للصنعة للناس كالحداد والنجار والخياط والصباغ والقصار يضمن قيمة ما دفع إليه وتلف عنده إن كان مما يغاب عليه ولم تقم بينة على تلفه، سواء كان يعمله بأجر أو بغير أجر، ولا ينفعه شرط عدم الضمان على المعتمد والشرط مفسد للعقد فإن وقع وعثر عليه بعد العقد ففيه أجرة المثل قليلاً أو كثيراً وتعتبر القيمة يوم القبض، لا يوم التلف ولا يوم الحكم[1].

قال في الرسالة: «والصناع ضامنون لما غابوا عليه، عملوه بأجر أو بغير أجر»[2].

وفي المدونة: «أرأيت لو أني دفعت إلى قصار ثوباً ليغسله فغسله، أو دفعت إلى خياط ثوباً ليخيطه لي ففعل ثم ضاع بعدما فرغ من العمل فأردت أن أضمنه في قول مالك كيف أضمنه؟ أقيمته يوم قبضه مني أم أدفع إليه أجره وأضمنه بعدما فرغ منه؟ قال: سألت مالكاً، أو سمعت مالكاً يُسأل عن الرجل يدفع إلى القصار الثوب فيفرغ من عمله وقد أحرقه أو أفسده ماذا على العامل؟ قال: قيمته يوم دفعه إليه».

وفيها عن ابن وهب: «وقال لي مالك: إنما يضمن الصناع ما دفع إليهم مما يستعملون على وجه الحاجة إلى أعمالهم، وليس ذلك على وجه الاختبار لهم والأمانة، ولو كان ذلك إلى أمانتهم لهلكت أموال الناس وضاعت قِبلهم، واجترؤوا على أخذها، ولو تركوها لم يجدوا مستعتباً ولم يجدوا غيرهم، ولا أحد يعمل تلك الأعمال غيرهم، فضُمِّنُوا ذلك لمصلحة الناس»[3].

وفيها عن ابن وهب: «عن طلحة بن أبي سعيد أن بكير بن الأشج حدثه

---

(١) الشرح الصغير ٤/٤٦ ـ ٤٧.

(٢) الرسالة الفقهية ص ٢١٩.

(٣) المدونة الكبرى ٣/٣٧٣ ـ ٣٧٤.

أن عمر بن الخطاب كان يُضَمِّن الصناع الذين في الأسواق وانتصبوا للناس ـ ما دفع إليهم». وروى نحو ذلك عن شريح(1).

وفي مصنف عبد الرزاق: «عن بكير بن عبد الله بن الأشج أن عمر بن الخطاب ضمن الصبّاغ الذي يعمل بيده». وفيه: «عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: كان علي يُضَمِّن الخياط والصباغ وأشباه ذلك احتياطاً للناس»(2). وأخرج البيهقي عنه: «عن علي أنه كان يُضَمِّن الصباغ والصائغ، وقال: لا يصلح للناس إلا ذاك»(3).

وقال أبو حنيفة والشافعي في أظهر أقوالـه: لا ضمان على الصانع فيما تلف في يده من غير تعد أو تفريط. وقال أحمد: يضمن الصانع ما حدث في السلعة من يده، وإن تلفت في حرز فلا ضمان عليه. ولا أجر له فيما عمل فيها(4).

وعليه فإن الثلاثة متفقون على عدم ضمان الصانع فيما لم يتلف أو يفرط فيه.

وقوله: «وألحق بعضهم به السمسار» يعني أن بعض العلماء ألحق بالصانع السمسار في الضمان، وهذا يختلف مع ما تقدم من أن الأظهر عدم ضمانه، وإلى هذا الخلاف أشار ابن عبد البر، قال في الكافي: «والسمسار يجري مجرى الصناع، وقد قيل: إنه كالأجير، والذي أذهب إليه في صاحة السوق: الضمان فيما قبضوه من المتاع إلا أن يتبين صدقهم فيما يتلف عندهم من غير تضييع ولا خيانة منهم، وقد اختلف في ذلك عن مالك وغيره.

---

(1) المرجع السابق.
(2) المُصنف ٢١٧/٨.
(3) السنن الكبرى ١٢٢/٦.
(4) اللباب ٩٣/٢ ومغني المحتاج ٣٥١/٢ ـ ٣٥٢ والمغني ٥٢٤/٥ ـ ٥٣٣.

وتحصيل مذهب مالك: أنه لا ضمان على السماسرة والصاحة[1] إلا فيما تعدَّوا وضيعوا»[2] اهـ.

ووفق ابن عرفة بين القولين فرأى أن محل الضمان إذا لم ينصب السمسار نفسه للسَّمسرة، أما إذا نصب نفسه لها فإنه يضمن على الأظهر كالصانع. نقله المواق[3].

والأصل في جواز إجارة السمسار ما جاء في البخاري تعليقاً، قال: «باب أجر السمسار، ولم ير ابن سيرين وعطاء وإبراهيم والحسن بأجر السمسار بأساً»[4].

قال في الفتح: «أما قول ابن سيرين وإبراهيم فوصله ابن أبي شيبة عنهما بلفظ: «لا بأس بأجر السمسار إذا اشترى يداً بيد، وأما قول عطاء فوصله ابن أبي شيبة أيضاً بلفظ: «سئل عطاء عن السمسرة فقال: «لا بأس بها». وكأن المصنف أشار إلى الرد على من كرهها، وقد نقله ابن المنذر عن الكوفيين»[5] اهـ.

وقوله: «وصدق الأجير إن ادعى ضياعاً» إلخ يعني أن الأجير الراعي يصدق إن ادعى ضياع بعض ماشيته بدون تفريط، أو ادعى خوف موت على بعير أو شاة مثلاً فنحر أو ذبح ما خاف موته، وإنما صدق لكونه أميناً فإن كان متهماً حلف وإلا ضمن[6].

ومحل تصديق الراعي إذا جاء بالشاة مثلاً مذبوحة أو ادعى أنها سرقت

---

(١) الصاحة: جمع صائح وهم الذين يصيحون وينادون ببيع السلع.
(٢) الكافي ٢/٧٥٧ ـ ٧٥٨.
(٣) التاج والإكليل ٥/٤٢٩.
(٤) صحيح البخاري ٢/٧٩٤.
(٥) فتح الباري ٤/٣٧٠.
(٦) الشرح الصغير ٤/٤٨.

منه بعد الذبح، وأما لو أكلها فلا يصدق. نقله الحطاب عن أبي عمران، ثم قال: «وانظر هل يصدق في هذه المسائل بيمين أم لا.»[1] اهـ.

* * *

وفُسِخَتِ الإِجَارَةُ بِتَعذُّرِ مَا يُسْتَوفَى مِنه ولوْ بِغَصْبٍ كإِبَاقِ عَبْدٍ وذهَابِ دَابَّةٍ وانْهِدَامِ دَارٍ.

* * *

يعني أن الإجارة تفسخ إذا تعذر ما تستوفى منه المنفعة، كانهدام الدار المؤجرة وموت الدابة المعينة وتحطم السيارة وإباق العبد المؤجر للخدمة، ولو كان التعذر بغصب ما تستوفى منه كغصب الدار المستأجرة إن كان الغاصب لا تناله الأحكام، وكأمر سلطان، أي من له سلطة وقهر بإغلاق الحوانيت المكتراة بحيث لا يتمكن مستأجرها من الانتفاع بها.

ومثل ذلك أن تحمل المرضع المؤجرة على الرضاع وذلك لتعذر الرضاع عادة إذا حملت، وتقدم أن لأهل الولد فسخ الإجارة بمجرد حملها.

وكذلك إذا مرضت المرضع مرضاً لا تقدر معه على الرضاع، أو قدرت عليه وكان لبانها يضر بالولد فإن الإجارة تفسخ.

وإذا فسخت الإجارة فإن ما حصل من المنفعة تلزم الأجرة بحسابه، ولا شيء فيما لم يحصل[2].

أما ما تستوفى به المنفعة، وهو ما يكون من جهة المستأجر، كموته بعد استئجار دار ونحوها ـ فلا تفسخ الإجارة بموته، ويقوم وارثه مقامه. قاله

(١) مواهب الجليل ٥/٤٣٢.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/٢٩ ـ ٣١.

عق(١). عند قول خليل: «وفسخت بتلف ما يستوفى منه، لا به»(٢). وسلمه البناني قائلاً: إن ابن رشد ذكر في المسألة أربعة أقوال وأن المشهور منها عدم الفسخ(٣). وقال في الكافي: «ومن تكارى في الحج راحلة فمات المكتري، فالكراء واجب في ماله، ولورثته أن يكروا مكانه من مثله في خفته وحاله»(٤).

وبه قال الشافعي وأحمد، قال في المبدع: «ولا تنفسخ الإجارة بموت المكري ولا المكتري». قال: «لأنها عقد لازم، فلم ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه» اهـ. ومثله في الإقناع على متن أبي شجاع(٥). وقال أبو حنيفة: «إذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة، وإن عقدها لغيره لم تنفسخ». قاله في الكتاب(٦).

والأصل في عدم الفسخ ما في صحيح البخاري قال: «باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، وقال ابن سيرين: ليس لأهله أن يخرجوه إلى تمام الأجل، وقال الحكم والحسن وإياس بن معاوية: تمضي الإجارة إلى أجلها. وقال ابن عمر: أعطى النبي ﷺ خيبر بالشطر، فكان ذلك على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر، ولم يُذكر أن أبا بكر وعمر جددا الإجارة، بعدما قُبض النبي ﷺ»(٧). وتقدم تخريج هذا الحديث عند الشيخين موصولاً، وعند مالك مرسلاً(٨).

قال في الفتح: «أي هل تنفسخ الإجارة أم لا، والجمهور على عدم

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٧/٣٢.
(٢) مختصر خليل ص ٢٤٤.
(٣) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/٣٢.
(٤) الكافي ٢/٧٥١ ـ ٧٥٢.
(٥) المبدع في شرح المقنع ٥/١٠٤ والإقناع على متن أبي شجاع ٢/١٧.
(٦) اللباب ٢/١٠٥.
(٧) صحيح البخاري ٢/٧٩٨.
(٨) صحيح البخاري ٢/٨٢٠ وصحيح مسلم ٣/١١٨٦ والموطأ ٢/٧٠٣.

الفسخ، وذهب الكوفيون والليث إلى الفسخ، واحتجوا بأن الوارث ملك الرقبة، والمنفعة تبع لها، فارتفعت يد المستأجر عنها بموت الذي آجره، وتُعُقِّب بأن المنفعة قد تنفك عن الرقبة، كما يجوز بيع مسلوب المنفعة، فحينئذ ملك المنفعة باق للمستأجر بمقتضى العقد، وقد اتفقوا على أن الإجارة لا تنفسخ بموت ناظر الوقف، فكذلك هنا».

ثم ذكر أن ما أخرج البخاري معلقاً عن الحسن وإياس بن معاوية وصله ابن أبي شيبة في مصنفه[1].

تنبيـه: إذا تبين أن الأجير سارق فإن المستأجر مخير في الفسخ وعدمه، لأن السرقة عيب يوجب الخيار. كما يخير في الفسخ من اكترى داراً ثم اطلع على أن لها جار سوء قال أبو الحسن: «قال ابن يونس: من اكترى داراً ولها جيران سوء فله ردها، لأن ذلك عيب، ولهذا قال مالك، فيمن اشترى داراً ولها جيران سوء أنه عيب ترد به». نقله الحطاب[2].

وما أحسن قول الشاعر:

«يلومونني أن بعت بالرخص منزلي ... ولم يعلمـوا جاراً هنـاك يُنَغِّصُ
فقلت لهم كُفـوا المـلامَ فـإنمـا ... بِجيرانها تَغلُو الدِّيارُ وتَرخُصُ»

والأصل في ذلك حديث: «لا ضرر ولا ضرار». أخرجه مالك عن يحيى المازني مرسلاً. وأخرجه ابن ماجه عن عبادة بن الصامت موصولاً[3].

* * *

وخُيِّر صَغيرٌ رَشَدَ، عَقَد عَليْهِ وَلِيُّه، لا لظَنِّ عَدَمِ بُلوغِه

(١) فتح الباري ٤/٣٧٩.
(٢) مواهب الجليل ٥/٤٣٥ ومنح الجليل ٣/٧٩٦ ـ ٧٩٩.
(٣) الموطأ ٢/٧٤٥ وسنن ابن ماجه ٢/٧٨٤.

وبَقِيَ اليسيرُ كالشهر فَيَلْزمُ، والسِّلعُ كذلك لاَ بِقَيْدِ اليَسِيرِ. وَلاَ كلامَ لِوَلِي سَفيهٍ آجَرَ نفسَه لعَيْشِهِ ولاَ له إن رشَدَ إلا المُحابَاة وَتُفسَخُ بموْتِ مُسْتَحِقٍّ وَقفٍ قبل انْقِضاءِ المُدَّةِ ولَوْ نَاظِراً إلاَّ ناظراً غير مستحق.

* * *

يعني أن الصبي إذا أجره وليه لخدمة مثلاً أو أجر سلعه كداره أو دابته - ثم رشد الصبي أثناء مدة العقد فإنه يخير بين بقاء عقد الإجارة وفسخه، إلا إذا كان الولي يظن وقت العقد عدم بلوغ الصبي في المدة المحددة وبقي منها اليسير كالشهر فإن عليه أن يكمل المدة، ولا خيار له في الفسخ، هذا في إيجار الصبي نفسه، أما في إيجار سلعه، فلا خيار له إذا كان الولي يظن عدم بلوغه في المدة المعينة سواء بقي القليل أو الكثير على الأرجح.

قال المواق: «من المدونة: قال ابن القاسم: من أجر يتيماً في حجره ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة، ولم يظن ذلك به فلا يلزمه باقي المدة إلا أن يبقى كالشهر ويسير الأيام». قال: «وإن أكرى الوصي رَبْع يتيمه ودوابه ورقيقه سنين واحتلم الصبي بعد مضي سنة، فإن كان يظن بمثله أنه لا يحتلم في مثل تلك المدة فعجل عليه الاحتلام وأونس منه الرشد - فلا فسخ له ويلزمه باقيها، لأن الوصي صنع ما يجوز له، وأما إن عقد عليه أمداً يعلم أنه يبلغ فيه لم يلزمه في نفسه ولا فيما يملك من ربع وغيره، وكذلك الأب»[1] اهـ.

---

(١) التاج والإكليل ٥/٤٣٤.

وقيل: إن العقد على سلع الصبي كالعقد عليه نفسه لا يلزمه إلا إذا ظن الولي عدم بلوغه وبقي كالشهر، وهذا قول أشهب وتقدم أن الأرجح غيره[1].

وقال أحمد: إذا أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فليس له فسخ الإجارة، لأنه عقد لازم، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها فبلغ في أثنائها، فله فسخ الإجارة، وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها فلا فسخ، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا بلغ الصبي فله الخيار مطلقاً. قاله في المغني[2].

أما السفيه الذي عقد وليه الإجارة على سلعه فإن له إذا رشَد في أثناء المدة فسخ الإجارة، سواء بقي من المدة الكثير أو اليسير، وسواء ظن وليه رشده أم لا، لأن الرشد لم تعلم له غاية بخلاف الصبا[3].

وقوله: «ولا كلام لولي سفيه..» إلخ يعني أن السفيه إذا أجر نفسه لتحصيل قوته فقط فإن وليه لا كلام له في ذلك، ولا كلام له هو إذا رشد، إلا أن يحابي كأن يؤجر نفسه لليوم بعشرين درهماً، وأجر مثله أربعون درهماً فإن للولي فسخ ذلك، كما أن للسفيه نفسه ذلك إذا رشد[4].

وقوله: «وتفسخ بموت مستحق وقف...» إلخ يعني أن الإجارة تفسخ بموت مستحق وقف آجر ذلك الوقف مدة معينة ومات قبل انقضائها وانتقل الاستحقاق فيه لمن فيّ طبقته أو لمن يليه ولو ولده ـ لانقضاء حقه بعد موته، ولو كان ذلك المستحق ناظراً فإنها تفسخ على الأصح. وقال ابن شأس: لا تفسخ وضُعِّف قوله.

أما ناظر الوقف غير المستحق فإنه إذا أجر الوقف مدة معلومة بأجرة

---

(١) الشرح الصغير ٤/٥٣.
(٢) المغني ٥/٤٧٠.
(٣) الشرح الصغير ٤/٥٣ ـ ٥٤.
(٤) المرجع السابق.

المثل ثم مات قبل انقضائها فإن الإجارة لا تنفسخ بموته[1].

وحكى في الفتح الاتفاق على ذلك[2].

* * *

وَجَازَ عَلَى أنَّ عليكَ عَلَفَها أَوْ طَعَامَ ربِّها، وأن يَركبَها في حَوَائِجه، فِيمَا عُرِفَ كشهْرٍ.

* * *

يجوز كراء الدابة للركوب وللحمل والاستقاء وللحرث ونحو ذلك، ويجوز كراؤها على أن عليك يا مكتري علفها أو على أن عليك طعام ربها أي أكله وشرابه، سواء كان مع ذلك شيء آخر أم لا.

كما يجوز كراء الدابة على أن على ربها طعام المكتري وشرابه وتكون نقود الكراء في مقابل الحمل والطعام والشراب.

ففي المدونة: «قلت: أرأيت إن استأجرت إبلاً من جمّال إلى مكة بكذا وكذا، على أن عليّ طعام الجمال وعلف الإبل؟ قال: قال مالك: لا بأس بذلك»[3]. وفيها: «قلت: أرأيت إن اكتريت من جمال إلى مكة على أن على الجمال طعامي؟ قال: سمعت مالكاً ـ وسئل عن الرجل يكتري من الرجل إلى الحج ذاهباً أو راجعاً وإلى بلد من البلدان على أن على الجمال طعامه، قال مالك: «لا أرى بذلك بأساً»[4].

---

(١) الشرح الصغير ٤/٥٤ ـ ٥٥.
(٢) فتح الباري ٤/٣٧٩.
(٣) المدونة الكبرى ٣/٤٢٦.
(٤) المرجع السابق.

ويجوز كراء دابة ليركبها المكتري في حوائجه مدة معلومة كشهر مثلاً أو إلى مسافة معينة، وإن كانت الحوائج تقل مرة وتكثر أخرى للضرورة، إذ لا يقدر على تعيين ما يحتاجه بدقة، والمهم أن يكون معروفاً بالعادة فيكون الركوب إلى بلد معلوم أو سوق معلومة(١).

ويجوز كراء دابة على حمل آدمي غير معين من بلد كذا إلى بلد كذا، وذلك ليسارة الغرر الذي يغتفر كما تقدم، إذ أن أجسام الآدميين متقاربة غالباً. وإذا تبين أنه آدمي فادح «عظيم الجسم» خارج عن المعتاد فإن رب الدابة لا يلزمه حمله، وإنما يلزمه الوسط ولو كان امرأة على المشهور، غير أنه إذا أجره على حمل رجل وأتاه بامرأة لم يلزمه حملها، أما العكس فالظاهر أن عليه حمله. قاله عق(٢).

تنبيـه: لمكتري الدابة أن يفعل المستأجَر عليه ودونه قدراً وضرراً، لا أكثر قدراً ولو أقل ضرراً، ولا أكثر ضرراً ولو أقل قدراً. أما ما كان مثله أو دونه في الحمل فله ذلك وأما المثل في المسافة فليس له فعله؛ فلا يذهب بالدابة على جهة غير الجهة التي استؤجرت إليها ولو كانت مثلها في السهولة والصعوبة(٣).

وبنحوه قال الثلاثة مع اختلاف يسير، فأبو حنيفة وافق مالكاً في شأن الحمل. وقال: «فإن أطلق الركوب جاز له أن يُركبها من شاء». وإن قال: على أن يركبها فلان فأركبها غيره ضمن إن عطبت(٤).

أما الشافعي فقال: «للمستأجـر أن يستوفي مثـل المنفعة المعقـود عليها وما دونها في الضرر، ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر». قاله

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٥/٤.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٣٧/٧.
(٣) التاج والإكليل ٤٣٧/٥ ـ ٤٣٨.
(٤) اللباب ٩٠/٢ ـ ٩٢.

في المهذب، وقال: «فإن اكترى ظهراً ليركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه في الخشونة، ولا يركبه فيما هو أخشن منه».

وأما أحمد فقال: «للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله» قال في المبدع: «وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه». قال: «وبمثله، أي إذا كان مثله في الضرر أو دونه، لأنه لم يزد على استيفاء حقه». ثم قال: «ولا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه، لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة، فلا يجوز بأكثر» اهـ[٢].

وضمن المكتري إن أكرى الدابة لغير أمين أو لمن هو أثقل منه أو أضر، وعطبت، كما يضمن المكتري إن عطبت الدابة بزيادة مسافة ولو قلت، أو بزيادة حمل تعطب بمثله، فإن كانت لا تعطب بمثله وعطبت، أو لم تعطب وزاد في المسافة، فله في المسألتين كراء ما زاد من حمل أو مسافة، مع الكراء الأول[٣].

تتمـة: لا تختلف السفينة عن الدابة فيما تقدم قال عق عند قول خليل: «كالسفينة»، تشبيه في قوله: «وكراء الدابة كذلك»، إلى هنا، فهو تشبيه في جميع ما مر، لا فيما قبله فقط»[٤].

ولا تختلف السفينة البحرية عن السفينتين الجوية والبرية. وتقدم كلام المدونة في جواز كراء الإبل إلى مكة على أن على الجمال طعام المكتري.

وعليه فإن ما يقوم به المقاولون اليوم في شأن الحج والعمرة له ما يؤيده شرعاً، حيث إنهم يتحملون نقل الحاج أو المعتمر ذهاباً وإياباً ويتحملون نفقته ومسكنه، في مكة والمدينة ومنى وعرفات، وجميع تنقلاته في الموسم.

---

(١) المهذب ١/٤٠٢.
(٢) المبدع في شرح المقنع ٥/٩٢ ـ ٩٣.
(٣) الشرح الصغير ٤/٦٥ ـ ٦٦.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٧/٤٢.

ومن هذه المسألة أيضاً يؤخذ جواز ما يقام به في الفنادق من إيجار الضيف لسكنه وطعامه مدة معلومة ووجبة غذائية، مع أن الوجبات قد تختلف كما أن الاستهلاك يختلف من شخص لآخر، وهذا يعتبر من الغرر اليسير الذي اغتفره الشرع.

كما يؤخذ جواز هذا أيضاً من شروح خليل عند قوله: «وكبيعه بالنفقة عليه حياته»[1]. تشبيه على المنع قال عبد الوهاب: «إنما فسد للجهل بالعوض، لأن النفقة وقعت على غير مدة معلومة. ولو اتفقا على تعيين البائع مدة معلومة لجاز إذا كان يرجع إلى ورثته بما بقي من المدة إن مات قبل تمامها» نقله الحطاب[2].

* * *

وَجَازَ الكِراءُ مُشَاهَرَةً وأقلَّ مِنَ الشَّهْرِ وأكثَرَ، وَلاَ يَلْزَمُ فِيهَا إلاَّ مَا نُقِدَت أجْرَتُهُ، وإلاَّ فـأوَّلُ مَا سَمَّى إن سَكَن بعْضَـه كالوَجيبَةِ، بِأنْ يَقولَ: اكتَرَيْتُها شَهْراً أو هذه السَّنَةَ، فَتَلْزمُ، نَقَدَ أوْ لم يَنْقُد.

* * *

يعني أنه يجوز عقد الكراء في العقار والحيوان والآدمي مشاهرة؛ بأن يقول: كل شهر بكذا أو اكتريتها كل أسبوع بكذا أو كل يوم بكذا أو أكثر من الشهر، كأن يقول كل سنة بكذا.

فالضابط هو الإتيان بلفظ: (كل) أو مدلولها، كأن يقول الشهر كذا.

(١) مختصر خليل ص ١٧٥.
(٢) مواهب الجليل ٤/٣٦٤.

هذه هي المشاهرة، ولا يلزم فيها العقد، فلكل من المتعاقدين الفسخ متى شاء، ويعطى للأجير بحساب ما عمل.

إلا إذا عجل الأجر أو بعضه فيلزم الكراء بقدر ما نقد، فإذا قال كل شهر بألف ونقد ثلاثة آلاف فيلزم ثلاثة أشهر.

ففي المدونة: «قال مالك: من قال لرجل أكتري منك دارك أو حانوتك أو أرضك أو غلامك أو دابتك في كل شهر أو في كل سنة بكذا، أو كل سنة بكذا، أو قال في الشهر أو في السنة أو الشهر أو السنة، فلا يقع الكراء على تعيين، وليس بعقد لازم، ولرب الدار أن يخرجه متى شاء وللمتكري أن يخرج متى شاء، ويلزمه فيما سكن حصته من الكراء». نقله المواق[1].

هذا هو مشهور المذهب، ومقابله قولان: أحدهما: أنهما يلزمهما الشهر الأول ولا يلزمهما ما بعده، والآخر أنه يلزم كراء الشهر إذا سكن المكتري بعضه. نقلهما البناني عن ابن رشد في المقدمات. وذكر أن ميارة ذكر الأقوال الثلاثة في شرح التحفة وقال: «وعلى هذا القول الثالث العمل عندنا وأن من اكترى مشاهرة، كل شهر بكذا، إذا سكن بعض الشهر كأربعة أيام ونحوها لزم كلًّا منهما بقية الشهر»[2] اهـ. ولعل المصنف أشار إلى هذا القول الأخير واعتمده بقوله: «وإلا فأول ما سمي إن سكن بعضه».

وقوله: «كالوجيبة. . .» إلخ يعني أن الوجيبة يلزم فيها الكراء بالعقد فليس لأحد المتكاريين الفسخ من طرف واحد، وهي عبارة عن المدة المحددة، ومثل لها المصنف بقوله: «بأن يقول: اكتريتها شهراً أو سنة. . بصيغة النكرة، أو اكتريتها شهر كذا كشهر رمضان أو سنة كذا بتعيين الشهر أو السنة، أو اكتريتها هذا الشهر أو هذه السنة، فيلزم العقد نقد الثمن أم لا[3].

---

(١) التاج والإكليل ٥/٤٤٠.
(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/٤٦.
(٣) الشرح الصغير ٤/٦٠ - ٦١.

ويجوز عدم بيان ابتداء الكراء، فإن لم يبين حُمل ابتداؤه من حين العقد، سواء كان مشاهرة أو وجيبة[1].

* * *

وَجَازَ كِرَاءُ المأْمُونَةِ الريِّ سِنينَ كَغَيْرِهَا إن لَم يَشْتَرِطْ النَّقد. وإن تَلِفَ الزرع بآفَةِ الأرْضِ كفأرِهَا وعَطَشِها وغَرقِها قَبْل الإبَّانِ، واسْتَمَرَّ فَلاَ كِرَاءَ.

* * *

يعني أن الأرض المأمونة الري ـ وهي المتحقق ريها عادة كمنخفض أرض النيل وكالتي تسقى بالعيون والآبار ـ يجوز كراؤها سنين كثيرة، كالثلاثين والأربعين سنة، كما تقدم عند قول المصنف: «ويجوز طول المدة فيما لا يتغير...» ويجوز فيها، أي المأمونة الري اشتراط نقد الكراء لانتفاء علة التردد بين السلفية والثمنية.

كما يجوز كراء الأرض غير المأمونة الري إن لم يشترط فيها النقد فإن شرط لم يجز للتردد بين السلفية والثمنية، وذلك أنها إن لم تروَ رد رب الأرض للمكتري ما نقد فكان بمثابة سلف، وإن رويت بقي الحال على حاله، أما النقد تطوعاً ـ وهو الذي يقع بدون شرط ـ فيجوز ولو في غير المأمونة الري[2].

وقوله: «وإن تلف الزرع بآفة الأرض...» إلخ يعني أن الزرع إذا تلف بآفة من الأرض المكتراة كالدود والفأر ونحوهما من الآفات الناشئة عن الأرض، أو تلف بعطش الأرض لعدم وجود الكافي من الماء، أو غرقت الأرض قبل الإبان واستمر غرقها حتى فات الإبان فإن المكتري لا يلزمه

(١) المرجع السابق.
(٢) الشرح الصغير ٤/٦١.

الكراء. وإذا تلف البعض أو عطش أو غرق البعض، وبقي البعض فلكل حكمه، فما تلف أو عطش أو غرق فلا كراء فيه، وغيره فيه الكراء[1].

ومفهوم قوله: «بآفة الأرض.. وغرقها قبل الإبان..» أن الزرع إذا فسد بجائحة لا دخل للأرض فيها بعد الإبان، كعدم نبات البذر وكالجراد وكالغصب ـ أو غرقت الأرض بعد الإبان ولم يزرع المكتري ـ فإن الكراء يلزمه ولو كان مسجوناً، لأن سجنه لا يمنعه من إيجارها لغيره، فعليه الكراء، ولو لم يجد البذر، إن كان موجوداً عند غيره، أما إذا عدم البذر في المحل كله فلا كراء عليه، لأن عذره واضح.

وفي ذلك يقول خليل: «ولزم الكراء بالتمكن وإن فسد لجائحة أو غَرَقٍ بعد وقت الحرث أو عدمه بَذْراً أو سجنه»[2].

فمتى تمكن المكتري من المنفعة وجب الكراء، سواء استعمل أو عطل. والتمكن من منفعة أرض المطر يكون باستغناء الزرع عن الماء، أما التمكن من منفعة أرض النيل فيكون بريها وانكشاف الماء عنها[3]. ومثل أرض النيل كل أرض تروى من فيضان أي نهر أو واد.

* * *

ولا يُجْبَرُ مؤجِّرٌ على إصْلَاحٍ إن ضرَّ، وخُيِّرَ فيه السَّاكنُ بَيْنَ المُحَاسَبَةِ والبَقَاءِ بِجَمِيعِ الكِراءِ، وفي غَيْرِهِ يَسْقُطُ عَنْه مَا نَقَصَهُ الخَلَلُ.

* * *

(١) المرجع السابق ٤/٧٠.
(٢) مختصر خليل ص ٢٤٧.
(٣) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/٥١.
وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/٦٩.

يعني أنه لا يجبر مؤجِّر دار أو غيرها على إصلاح ما يضر بالمكتري من خلل وقع في الدار المكتراة، وهذا متفق عليه في الكثير المضر، كما أنه هو قول ابن القاسم في اليسير المضر، ومقابله أن المؤجر يجبر على إصلاح اليسير المضر، قال ابن عبد السلام: «وعليه العمل في زماننا»[1].

وفي حالة عدم جبر المؤجر على الإصلاح فإن المكتري مخير بين فسخ الكراء ومحاسبة المؤجر فيما مضى، وبين البقاء بجميع الكراء، إلا أنه إذا بادر المؤجِّر بالإصلاح قبل خروج المكتري فإن عليه البقاء ولا خيار له في فسخ الكراء[2].

أما إذا كان الخلل الذي وقع لا يضر بالمكتري فيلزمه السكنى ولا خيار له، غير أن الخلل إن كان ينقص شيئاً من الكراء، كسقوط بعض تجصيص الدار وبلاطها، فإن المكتري يحط عنه من الكراء بقدره وإن قل[3].

وعليه فإن المكتري لا يلزمه إصلاح أي خلل ليس من فعله وإنما ذلك على المؤجر فإن شاء بادر بإصلاحه من نفسه قبل خروج المكتري، وعليه أي المكتري البقاء، وإلا فله الخيار حسب التفصيل المتقدم.

ففي المدونة: «قلت أرأيت إن استأجرت داراً على من مرمة الدار؟[4] وكنس الكُنف وإصلاح ما وَهَى من الجدران والبيوت؟ قال: على رب الدار، قلت: وهذا قول مالك؟ قال: سألنا مالكاً عن الرجل يكري الدار، ويشترط على أنه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مرمة يسيرة، كان ذلك على المتكاري؟ قال مالك: لا خير في ذلك، إلا أن يشترطه من كرائها، فهذا يدلك على أن المرمة كلها في قول مالك على رب الدار»[5] اهـ.

---

(١) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ٧/٥٣.

(٢) الشرح الصغير ٤/٧١.

(٣) المرجع السابق ومقدمات ابن رشد ٢/٢١٥ ـ ٢١٦.

(٤) رَمَّ الشيء يَرمه رمّاً ومرمّة: أصلحه.

(٥) المدونة الكبرى ٣/٤٤٧.

وبه قال الشافعي، قال في المنهاج: «وعمارتها على المؤجر فإن بادر وأصلحها، وإلا فللمكتري الخيار»[1] اهـ.

* * *

والقَولُ للأَجِيرِ أَنَّه أَوْصَلَ مَا أُرسِل به، والأَصَحُّ أَنَّ كِراءَ السُّفُنِ بالْبَلَاغِ مع إمْكَانِ إخْرَاجِ مَا فِيهَا، إلَّا أنْ يُتِمَّ العَمَلَ غَيْرُهُ فَلِلأَوَّلِ بِحِسَابِ كِرَائِهِ.

* * *

يعني أن من استؤجر على إيصال كتاب أو غيره وادعى أنه أوصله ونازعه المستأجر في ذلك، فإن القول للأجير بيمين إن أشبه قوله، بحيث تكون الفترة التي قضاها يمكن فيها وصول البلد الذي أرسل إليه والعودة منه بوسائل النقل المستعملة غالباً، في ذلك البلد، مع مراعاة حال الأجير، فإن نكل عن اليمين حلف المؤجِّرُ وسقطت عنه الأجرة.

ففي المدونة: «قال ابن القاسم: وإن آجرت رجلاً على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك: أوصلته وأكذبته أنت فالقول قوله مع يمينه في أمد يبلغ في مثله، لأنك ائتمنته عليه، وعليك دفع كرائه إليه، وكذلك الحمولة كلها يكتريه على توصيلها إلى بلد بكذا فيدعي بعد ذلك أنه أوصلها فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله». نقله المواق[2].

ومثل ذلك الصانع يدعي أنه دُفع إليه شيء ليصنعه فيدعي ربه أنه دفعه

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٤٦.

(٢) التاج والإكليل ٥/٤٤٦.

له وديعة، فالقول للصانع، لأن الشأن فيما يدفع له الاستصناع، والإيداع نادر فيلزم ربه الأجرة[1].

وقوله: «والأصح أن كراء السفن على البلاغ...» إلخ يعني أن كراء السفن لا يستحق إلا ببلاغ المكان الذي اكتريت له، هذا هو الأصح من مذهب مالك، لأنه رواية ابن القاسم عنه في المدونة. ومقابل الأصح أن السفينة كالدابة، فإذا تعطلت في الطريق فإن على المكتري بحساب ما سار من الطريق.

قال في الكافي: «وكراء السفينة عند مالك وابن القاسم على البلاغ؛ لا شيء لصاحبها حتى يبلغ المكان الذي اكتري إليه، ولذلك كانا يكرهان النقد في ذلك واختاره ابن حبيب. وقال أشهب وابن نافع: السفينة كالدابة، وإن غرقت كان لصاحبها من الكراء بحساب ما سار، واختاره سحنون، وبه كان يقضي». ثم قال: «وقال أصبغ: إن لججت السفينة فكما قال ابن القاسم، وإن مشت البر فكما قال أشهب»[2].

وقوله: «مع إمكان إخراج ما فيها..» إلخ يعني أن الكراء لا يستحق إلا إذا رست السفينة وأمكن إخراج ما فيها. فإن غرقت في الأثناء أو بعد البلاغ وقبل التمكن من إخراج الحمولة فلا أجرة لصاحبها، وإن توقفت في الطريق لعطب وأُجِّر رب سفينة أخرى فحمل ما فيها بقدر الكراء الأول أو أقل أو أكثر إلى المحل المقصود فإن للأول بحسب كرائه، لا بحساب الثاني.

وإذا فرط رب الأمتعة في إخراجها من السفينة بعد البلاغ وإمكان الإخراج فتلفت الأمتعة بغرق أو غيره فإن عليه الكراء، وكذلك إذا أخرج ما في السفينة أثناء الطريق بدون علة طرأت على السفينة أو ربها، بحيث فعل ذلك اختياراً ـ فإن جميع الكراء لازم لرب السفينة، لأن الإجارة عقد لازم[3].

---

(١) الشرح الصغير ٤/٧٣.

(٢) الكافي ٢/٧٥٢ ـ ٧٥٣.

(٣) الشرح الصغير ٤/٧٥ ـ ٧٦.

قلت: قول أصبغ: «إن لججت السفينة فكما قال ابن القاسم وإن مشت البرَّ فكما قال أشهب..». هذا التفصيل أراد به أصبغ التوفيق بين ابن القاسم وبين أشهب في أن سفينة البحر يُرجَّح فيها ما قال ابن القاسم من أن كراءها لا يستحق إلا ببلاغ المكان الذي اكتريت له. وسفينة البر يُرجح فيها ما قال أشهب، من أنها إذا تعطلت في الطريق فإن المكترى عليه بحساب ما سار من الطريق، كما هو الحكم في كراء الدابة، وتعتبر السيارة من سفن البر. والله أعلم.

تنبيـه: تجوز مشارطة الطبيب، فإن عُلِّقت الأجرة على البرء كان جعلاً، ولا يستحق شيئاً إلا بعد البرء، غير أنه إن حصل بعض الشفاء على يد الطبيب الأول وأتمه طبيب ثان، فإن للأول بحساب كرائه لا بحساب الثاني.

أما إن لم تعلق الأجرة على البرء فإن له بحساب ما عمل وإن لم يُتمه غيره[١].

والأصل في جواز مشارطة الطبيب حديث أبي سعيد الآتي في باب الجعالة عند الشيخين. وحديث: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره..» أخرجه البخاري وترجم له بباب خراج الحجام، وأخرجه مسلم وترجم له بباب: «لكل داء دواء، واستحباب التداوي». كلاهما أخرجه عن ابن عباس مرفوعاً[٢]. وأخرج مالك نحوه عن أنس مرفوعاً[٣].

قال النووي: «في هذا الحديث إشارة إلى استحباب الدواء، وهو مذهب أصحابنا وجمهور السلف وعامة الخلف». ثم قال نقلاً عن القاضي عياض بعد أن ذكر الأحاديث التي توافق هذا الحديث: «وفيها رد على من

---

(١) المرجع السابق.

(٢) صحيح البخاري ٢/٧٩٦ وصحيح مسلم ٤/١٧٣١.

(٣) الموطأ ٢/٩٧٤.

أنكر التداوي من غلاة الصوفية. وقال: كل شيء بقضاء وقدر، فلا حاجة إلى التداوي، وحجة العلماء: هذه الأحاديث، ويعتقدون أن الله تعالى هو الفاعل، وأن التداوي هو أيضاً من قدر الله. وهذا كالأمر بالدعاء وكالأمر بقتال الكفار، وبالتحصن ومجانبة الإلقاء باليد إلى التهلكة، مع أن الأجل لا يتغير، والمقادير لا تتأخر ولا تتقدم عن أوقاتها، ولا بد من وقوع المقدَّرات والله أعلم»(١) اهـ.

* * *

وَجَازَ إِنْ خِيفَ الْغَرَقُ ـ طَرْحُ مَا بِهِ النَّجَاةُ إِلَّا الآدَمِيَّ، وبُدِيءَ بِمَا ثَقُلَ وَقَلَّ ثَمَنُهُ، وَوُزِّعَ عَلَى مَالِ التجَارَةِ فَقَطْ. والقولُ لِمَن طُرِحَ مَتَاعُه فِيمَا يُشْبِهُ.

* * *

يعني أن السفينة إذا خيف عليها الغرق بسبب ثِقل الحمولة فإنه يجوز أن يُطرح من الحمولة قدر ما تنجو به السفينة من الغرق. وهذا في غير الآدمي، أما الآدمي فلا يجوز طرحه ولو كافراً، لأنه لا يجوز قتل آدمي ولو ذمياً لنجاة غيره ولو مسلماً. وقال اللخمي: يجوز طرح الآدميين بالقرعة.

ويُبْدَأُ بطرح ما ثقل من المتاع كالحديد ويُبدأ منه بما ثقل وقل ثمنه كالحجر ونحوه، وما كان حجمه عظيماً، ولو خف كالتبن والقطن. وتوزع المصيبة على مال التجار فقط إن كان هناك مال تجارة وغيره وتُعتبر قيمة المتاع يوم طرحه. وإن لم يكن هناك مال تجارة وإنما فيها ذوات الآدميين

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/١٩١.

وغطاؤهم ووطاؤهم فيرمى الغطاء والوطاء، ويوزع على باقي أموالهم على الظاهر. قاله الصاوي(١).

ويُصدق صاحب المتاع المطروح في نوع متاعه وعدده بيمين إن أشبه قوله، فإن لم يشبه فالقول لغيره(٢).

قلت: وكذلك الطائرة إذا خيف عليها السقوط بسبب زيادة الحمولة، فإنه يطرح من حمولتها قدر ما تنجو به غير الآدمي، حسب التفصيل المتقدم في السفينة المائية. والله أعلم.

تنبيه: كثر العمل بمسألتين في كثير من البلاد وهما:

١ - أن يستأجر شخص بَنَّاءً أو مقاوِلاً ليبني له داراً على أن على البَنَّاءِ أو المقاول - مع العمل - مواد البناء - فذلك جائز، لما في المدونة: «قُلت: أرأيتَ إن استأجرت رجلاً على أن يبني لي داري، على أن الجص والآجرَّ من عند الأجير؟ قال: لا بأس بذلك، قلت: وهو قول مالك؟ قال: نعم، قلت: لم جوَّزه مالك؟ قال: لأنها إجارة وشراء جص وآجُرٍّ صفقة واحدة. قلت: وهذا الآجر لم يسلف فيه ولا هذا الجص ولم يشتر شيئاً من الآجرِّ بعينه، ولا من الجص بعينه، فلِم جوزه مالك؟ قال: لأنه معروف عند الناس ما يدخل في هذه الدار من الجص والآجر، فلذلك جوزه مالك». اهـ(٣).

٢ - أن تكون لشخص أرض فيؤجرها لمن يبني فيها بناءً معيناً ويسكن الأجير البناء أو يكريه - مدة معينة، ثم بعد انتهاء المدة يُسلم البناء لربّ الأرض، فيجوز ذلك إن وصف البناء وعينت مدة السكنى.

قال في المدونة: «فإن آجرته أرضك ليبني فيها ويسكن عشر سنين ثم يخرج ويدع البناء، فإن بيّن صفة البناء والمدة التي يسكن فيها المكتري فهو جائز، وهي إجارة، وإن لم يصفه لم يجز». نقله الدسوقي(٤).

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٧٦/٤ - ٧٧. (٢) المرجع السابق ٧٨/٤.

(٣) المدونة الكبرى ٤١٣/٤ دار صادر بيروت. (٤) حاشية الدسوقي ٤٨/٤.

فصلٌ في الجُعَالَةِ

الجُعالَةُ: التِزامُ أهلِ الإجارةِ عوضاً مَعْلُوماً لِتَحْصِيلِ أمرٍ يَسْتَحِقُّهُ السَّامعُ بالتمامِ إلا أن يُتِمه غيرُه فبنسْبَةَ الثَّاني.

* * *

الجعالة: بتثليث الجيم. والجُعل بضمها: ما يُجعل للإنسان على عمله[1]. وعرفها المصنف بقوله: «التزام أهل الإجارة عوضاً...» إلخ أي التزام متأهل لعقد الإجارة حسبما تقدم فيها، من كون صحة العقد يشترط فيها أن يكون العاقد ـ جاعلاً كان أو مجعولاً له ـ عاقلاً طائعاً، كما يشترط في اللزوم أن يكون مكلفاً رشيداً.

ويشترط في العوض المعقود به وهو الجعل أن يكون معلوماً طاهراً منتفعاً به ومقدُوراً علي تسليمه، حسبما تقدم في البيع. أمَّا المعقود عليه وهو تحصيل الشيء المطلوب فلا يشترط فيه أن يكون معلوماً، بل قد يكون مجهولاً كالآبق المجهول مكانه[2].

وقوله: «لتحصيل أمر..» إلخ يعني أن الجعل يكون لتحصيل أمر يريده

(١) الصحاح والمحيط في مادة جعل.
(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/٧٩ ـ ٨٠.

الجاعل كرد آبق وبعير شارد وحفر بئر، ونحو ذلك. ويستحقه السامع وهو المجعول له بتمام العمل، سواء سمعه من الجاعل مباشرة أو بواسطة، إن ثبت أن الجاعل وقع منه ذلك.

وإذا لم يتم المجعول له العمل؛ بأن لم يأت بالمطلوب فإنه لا يستحق شيئاً إلا إذا أتم العمل غيره بجُعل أو إجارة فإن الأول يكون له من الأجر بنسبة أجر الثاني، سواء قل أو كثر وسواء كان عمل الثاني قدر الأول أو أقل أو أكثر، لأن الجاعل حينئذ قد انتفع بما عمله الأول(١).

مثال ذلك أن يجعل للأول ألف درهم على حفر بئر ويجعل للثاني ألفين على إتمامها وأتمها، فإن للأول ألفي درهم. ولا يقال: إنه قد رضي بجميع العمل بألف واحد، لأنه لما كان عقد الجعل منحلاً من جانب المجعول له بعد العمل بتركه إياه صار ذلك إبطالاً للعقد من أصله. قاله العدوي(٢).

والأصل في جواز الجعل قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾(٣) قال ابن العربي: «كما أن لفظ الآية نص في الزعامة، فمعناها نص في الجعالة، وهي نوع من الإجارة، لكن الفرق بين الجعالة والإجارة أن الإجارة يتقدر فيها العِوض والمُعوَّض من الجهتين، والجعالة يتقدر فيها الجعل، والعمل غير مقدر»(٤) اهـ. وتقدم حديث ابن عباس عند البخاري في جواز أخذ الأجرة على الرُّقى وتعليم القرآن. ومثله حديث أبي سعيد عند الشيخين واللفظ للبخاري قال: «انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن

(١) المرجع السابق وجواهر الإكليل ٢/٢٠١.
(٢) حاشية العدوي على شرح أبي الحسن للرسالة ٢/ ١٧٨.
(٣) يوسف: ٧٢.
(٤) أحكام القرآن ٣/١٠٩٦.

يُضَيفوهم، فلُدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا: يأيها الرهط: إن سيدنا لُدغ وسعينا له بكل شيء، لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق يتفل عليه ويقرأ: ﴿الحمد لله رب العالمين﴾ فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قَلَبَة[1]، قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسموا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان فننظر ما يأمرنا، فقدموا على النبي ﷺ فذكروا له ذلك، فقال: «وما يدريك أنها رقية» ثم قال: «قد أصبتم، اقسموا واضربوا لي معكم سهماً». وضحك النبي ﷺ»[2].

وفي هذا الحديث دليل على جواز الجعل على الرقى ومشارطة الطبيب على البرء، وقد تقدم الكلام على ذلك في باب الإجارة.

قال الزركشي: «ويستنبط من هذا الحديث جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية». نقله الشربيني[3].

وبه قال الشافعي وأحمد قال في المغني: «وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة». ومثله للشيرازي في المهذب واستدلا بالآية والحديث الآنفي الذكر[4].

* * *

---

(١) «ما به قَلَبة» أي ما به ألم وعلة. النهاية ٤/٩٨.
(٢) صحيح البخاري ٢/٧٩٥ - ٧٩٦ وصحيح مسلم ٤/١٧٢٧.
(٣) مغني المحتاج ٢/٤٢٩.
(٤) المغني ٥/٧٢٢ والمهذب ١/٤١١.

ورُكنُها كالإجارةِ، وشَرْطُ النَّقْدِ مُفسِدٌ، وكَتَعْيينِ الزَّمنِ وَلَزِم العقْدُ الجاعِلَ بالشُّروعِ.

* * *

يعني أن أركان الجعالة كأركان الإجارة: العاقد ويشمل الجاعل والمجعول له، والمعقود عليه وهو تحصيل الشيء المطلوب والمعقود به. وهو الجعل أي العوض، والصيغة؛ ولا يشترط فيها اللفظ كالإجارة[١].

وشرط صحتها أمران: أحدهما عدم شرط النقد في العوض، إذ شرطه يفسدها، للتردد بين السلفية والثمنية، أما نقده بغير شرط فلا يُفْسِدها. وثانيهما: عدم شرط تعيين الزمن، فإن شُرط تعيينه؛ كأن يقول الجاعل إن تأتني بالآبق أو تحفر لي البئر في مدّة كذا فلك كذا - فهذا يُفسدها، لما فيه من زيادة الغرر، لأن العامل لا يستحق العوض إلا بتمام العمل، وقد تنقضي المدة قبل استيفاء البحث فيذهب عمله باطلاً[٢]. وبه قال الشافعي[٣].

وقال أحمد: يصح تعيين المدة في الجعل، قال في المبدع: «لو قدر المدة بأن قال: إن وجدتَها في شهر، صح، لأنها إذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى»[٤] اهـ.

وهل يشترط في صحة الجعل أن يكون فيه منفعة للجاعل كالإتيان له بضالة، أم لا يشترط ذلك في صحته كصعود جبل لا منفعة في صعوده للجاعل؟ المشهور الأول[٥].

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/٨١.
(٢) المرجع السابق.
(٣) مغني المحتاج ٢/٤٣٠.
(٤) المبدع في شرح المقنع ٥/٢٦٩.
(٥) شرح الزرقاني لخليل ٧/ ٦٣.

ولزم عقد الجعالة الجاعلَ فقط بشروع العامل في العمل، أما العامل فله الترك متى شاء ولو بعد الشروع في العمل، كما أن الجاعل له الترك قبل الشروع في العمل، قال في التحفة:

«الجُعل عقد جائز لا يلزم   لَكِنْ به بعد الشُّروع يُحْكَمُ
ولَيْسَ يَسْتحِقُّ مِما يُجعَل   شيئاً سِوى إذا يتمُّ العَمَلُ
كَالحفر لِلبئْر وردُّ الآبِقِ   وَلا يُحَدُّ بزمانٍ لآبِقِ»[1]

وقال في الكافي: «ومن جَعل جعلاً في عبد أبَق له ـ لرجل بعينه ـ إن جاء به ـ فله الرجوع فيه، لأن الجعل ليس بعقد لازم، ما لم يشرع العامل في العمل، فإن شرع ذلك الرجل في طلب ذلك العبد لم يكن لسيده الرجوع عما جعل له فيه»[2] اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد، أي إن الجعل عقد جائز لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل الشروع في العمل لكنهما قالا: إن لكل منهما فسخه أيضاً بعد الشروع في العمل، فإن كان الفسخ من العامل فلا شيء له، وإن كان من الجاعل لزمه أجرة المثل فيما عمل العامل[3].

* * *

وَلِمَنْ لَم يَسْمَع جُعْلُ مِثْلِه إن اعْتَادَهُ وَإلَّا فَالنَّفَقَةُ ولربِّه تَرْكُهُ فِيهَا. وكُلُّ مَا جَازَ فيه الجُعلُ جازتْ فِيهِ الإجَارَةُ إلَّا الآبق وشِبْهَه ولاَ عَكْسَ، وَفي الفَاسِدَةِ بَعْدَ التَّمامِ جُعْلُ المِثلِ.

* * *

(١) البهجة شرح التحفة ٢/١٨٧ ـ ١٨٩.
(٢) الكافي ٢/٧٥٨ ـ ٧٥٩.
(٣) المهذب ١/٤١٢ والمبدع في شرح المقنع ٥/٢٦٩.

يعني أن من لم يسمع قول الجاعل: من أتاني بضالتي أو عبدي ونحو ذلك فله كذا ـ وأتى بالضالة أو العبد مثلاً ـ فله جعل مثله إن نصب نفسه لذلك بأن كان عادته البحث عن الضوال والأباق مثلاً والإتيان بهما.

وهذا يقع في صورتين: إحداهما أن يكون الجاعل وقع منه قول ولم يسمعه العامل مباشرة أو بواسطة، ثانيهما أنه لم يقع منه قول أصلاً. ففي الحالتين: للعامل جعل مثله إن نصب نفسه لذلك وكان عادته القيام بهذه المهمة[١].

أما إن لم يكن معروفاً بهذه المهمة بأن كان غير معتاد لطلب الضوال ونحوها فإن له فقط ما أنفق على الضالة أو العبد من أكل وشرب ونقل، وله أيضاً ما أنفق على نفسه زمن تحصيل ذلك وما أنفق على دابته أو سيارته، ولا جعل له.

ولرب الآبق والدابة تركهما للعامل الذي شأنه طلبهما، إلا إذا التزم له جعل المثل فيلزمه ذلك[٢].

وقال الشافعي: إن من لم يسمع قول الجاعل بواسطة أو بغيرها لا جعل له مطلقاً سواء كان معروفاً برد الضوال ونحوها أم لا[٣].

وبه قال أحمد في غير رد الآبق أما العبد الآبق فإن من رده يستحق الجعل برده ولو لم يشترط له، وقيل: لا جعل له إذا لم يشترط له. وعلى القول الأول الذي صدر به في المغني واعتمده في الإنصاف فإن الجعل محدد بالشرع بدينار أو اثني عشر درهماً، بغض النظر عن بعد المسافة أو قربها وسواء كان يساوي الآبق ذلك أم لا.

وقيل: إن رده من خارج المصر فله أربعون درهماً قربت المسافة أو

---

(١) الشرح الصغير ٤/٨٢ ـ ٨٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) مغني المحتاج ٢/٤٢٩.

بعدت. واستدل للقول الأول المعتمد عنده بأثر مروي عن عمر رضي الله عنه[١] وهذا الأثر رواه ابن أبي شيبة بسنده عن سعيد بن المسيب أن عمر جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً. قاله الزيلعي[٢].

أما أبو حنيفة فتقدم أنه لا يرى الجعل إلا في رد الآبق، فلمن رده مطلقاً بشرط أو بغيره جعل، فله إن رده إلى مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أربعون درهماً فضة، بوزن سبعة مثاقيل، وله إن رده فيما دون ذلك بحساب ما قطع من المسافة[٣].

واستدل بما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: «عن أبي عمرو الشيباني قال: «أصبت غلماناً أُبّاقاً بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال: الأجر والغنيمة، قلت: هذا الأجر فما الغنيمة؟ قال: أربعون درهماً من كل رأس». نقله الزيلعي[٤].

وقوله: «وكل ما جاز فيه الجعل..» إلخ يعني أن كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة بشروطها كحفر بئر بأرض موات وخياطة ثوب وحمل خشبة لمكان معين، إلا الجعالة على رد الآبق والضالة فتجوز في الجعل ولا تجوز في الإجارة، إلا إذا كان العقد على أن يفتش عن الضالة أو الآبق كل يوم بكذا أتى بهما أم لا فيصح ذلك ويكون إجارة.

وليس كل ما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل فالإجارة أعم من الجعالة على الأصح وقيل العكس، والحق: أن بينهما العموم والخصوص الوجهي فيجتمعان في شيء ويختلفان في آخر[٥].

وقوله: «وفي الفاسد بعد التمام جعل المثل» يعني أن الجعل الفاسد

---

(١) المغني ٥/٧٢٧ ـ ٧٢٨ والإنصاف ٦/٣٩٢ ـ ٣٩٥.
(٢) نصب الراية ٣/٤٧١.
(٣) فتح القدير ٤/٤٣٥.
(٤) نصب الراية ٣/ ٤٧٠.
(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/٦٣ ـ ٦٤.

ـ لفقد شرط من شروطه ـ فيه جعل المثل إذا تم العمل رداً له إلى صحيح نفسه، فإن لم يتم العمل فلا شيء له، إلا أن يجعل له الجعل مطلقاً، تم العمل أم لا، كأن يقول له: إن أتيت بعبدي الآبق فلك كذا وإن لم تأت به فلك كذا أو إن بعت هذه السلعة فلك كذا، وإن لم تبعها فلك كذا أو لك النفقة، فله حينئذ أجرة مثله تم العمل أم لا، لخروج عقد الجعل عن حقيقته، لأنه لا جعل إلا بتمام العمل[1].

تنبيـه: اختُلف في الجعـل على الرقيـا لإخراج جنـون أو سحـر ونحوهما، فقيل: لا يجوز، لأنه لا يعلم حقيقة ذلك، والراجح جـوازه، إذا كانت الرقيا بكتاب الله أو أسمائه أو صفاته عز وجل، وبالكلام العربي أو بما يفهم معناه من غيره، وكان الراقي مجرب النفع في ذلك، ولم يتغالَ في الأجرة. بحيث لم تخرج عن المعتاد.

وفي ذلك يقول الشيخ محمد العاقب بن مايابى في نظمه لنوازل الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم:

«ولا يُجـاعَـل على المجنـونِ   إلا كـثيـرُ الـبـرءِ للجـنـونِ
إنْ بِـاسـمِـه وذِكـره تَـعـالـى   رَقَى وفي الأجـرةِ ما تغَـالَى»[2]

وَالأصل في جواز ذلك حديثا أبي سعيد وابن عباس المتقدمين عند الشيخين، وفيهما أن نفراً من أصحاب رسول الله ﷺ أخذوا قطيعاً من الغنم في جعل على الرقيا. وأن رسول الله ﷺ أقر ذلك، وأمرهم أن يضربوا له سهماً معهم، تأكيداً على جوازه[3].

---

(١) المرجع السابق ٤/٦٥.
(٢) مرجع المشكلات ص ١١١.
(٣) نيل الأوطار ٦/٢٨ ـ ٢٩.

بَابٌ فِي إحيَاءِ المواتِ

مَوَاتُ الأَرْضِ مَا لَيْسَ مُخْتصّاً بِكَمُلْكٍ، ولاَ حَرِيماً لِبَلَدٍ كَمُحتَطَبِ أهْلِها ومَرعى دَوَابِّهم، ولا كَبِئرٍ أوْ شَجَرٍ، ومُضَيِّقاً على وَارِدٍ فيملِكهُ بإحْيَائِهِ.

* * *

الموات: بفتح الميم: الأرض التي لم تزرع ولم تعمر، ولا جرى عليها ملك أحد. قاله في اللسان.

وهذا التعريف اللغوي لا يختلف عن تعريفها الشرعي الذي ذكره المصنف بقوله: «موات الأرض: ما ليس مختصاً بكملك...» إلخ فالأرض الموات: هي التي لم يختص أحد بملكها، ولم تكن حريماً لبلد ما؛ بأن لم تكن بمحتطب البلد؛ وهو المكان الذي يقطع منه أهل القرية الحطب، ولم تكن محلاً لمرعى مواشيهم، فإن كانت في محتطبهم، أو في مرعى تلحقه مواشيهم غُدُوّاً ورواحاً في اليوم، فليست بموات لتعلق حق أهل القرية بها(١).

ويه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، مع اختلافهم في حد حريم القرية، فحريمها عند أبي حنيفة ينتهي حيث يقف إنسان في أقصاها ويصيح فلا يسمع

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/٦٦.

صوته، أما الشافعي فحريم القرية عنده هو النادي، أي مكان تجمع القوم ومرتكض الخيل ومناخ الإبل. قاله في المنهاج. وأما أحمد: فحريم القرية عنده مثل ما تقدم عن الإمام مالك[1].

وكما أنه يشترط في موات الأرض أن لا يكون حريماً لمدينة أو قرية فإنه يشترط فيه أيضاً أن لا يكون حريماً لبئر زراعة ونحوها وهو ما لا يضر بغزارة مائها. وأن لا يكون حريماً لشجرة أو نخلة وهو ما كان فيه مصلحة لهما.

وأن لا يكون مضيقاً على وارد، وهو ما كان حريماً لبئر ماشية أو شرب، فلا تحفر بئر بقربها من شأنها أن تسبب نضوب مائها، ولا يحفر مرحاض بجوارها تطرح فيه نجاسة يتسرب وسخها أو ريحها إلى مائها. ولا يبنى ولا يغرس بقربها ما يضيق على واردها.

وأن لا يكون حريماً لدار ليست محفوفة بأملاك، وهو مصب الميزاب ومطرح التراب، أما الدار المحفوفة بأملاك فلا تختص بحريم، ولكل من ذوي الأملاك المتجاورة الانتفاع بالمتسع الذي بينهم بوضع تراب أو متاع أو ربط دابة، مالم يضر بغيره من الجيران الذين لهم حق في ذلك المتسع[2].

فما سلم من الاختصاص بشيء مما ذكر ـ يملكه من أحياه بأحد الأمور الآتي ذكرها إن شاء الله[3].

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك وغيره «عن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ» قال مالك: والعرق الظالم: كل ما احتُفِر أو أخذ أو غُرس بغير حق»[4].

هذا الحديث مرسل عند مالك، وقد وصله عن جابر ـ دون قوله: «وليس لعرق ظالم حق» ـ أحمد والترمذي وصححه، كما وصله عن سعيد بن

(١) اللباب ٢/٢١٨ ـ ٢١٩ ومغني المحتاج ٢/٣٦٣ والمغني ٥/٥٦٦.
(٢) الشرح الصغير ٤/٨٩ ـ ٩٠ وجواهر الإكليل ٢/٢٠٢.
(٣) المرجعان السابقان.
(٤) الموطأ ٢/٧٤٣.

زيد: أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه وأعله بالإرسال، ورجح الدارقطني ارساله أيضاً[1]. وأخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق. قال عـروة: قضى به عمر في خلافته»[2]. زاد الإسماعيلي: «فهو أحق بها؛ أي من غيره».

قاله في الفتح[3].

وأخرج مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه: أن عمر بن الخطاب قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له. قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا»[4].

تنبيـه: لا يدخل محمي الإمام في موات الأرض، فإذا حـمى السلطان أرضاً احتيج إليها لرعي دواب الغزاة في سبيل الله والصدقة وضعفة المسلمين - فلا تعتبر مواتاً، ولا يجوز لأحد إحياؤها.

ويشترط في محمي الإمام أن يكون قليلاً، وأن يكون خالياً من البناء والغرس. وأن لا يكون له، إذ لا يجوز له أن يحمي شيئاً لنفسه. والقليل هو ما لا يكون فيه تضييق على الناس[5].

والأصل في الحمى ما أخرجه البخاري. عن ابن عباس أن الصعب بن جَثَّامة قال: «إن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله». وقال: بلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع، وأن عمر حمى الشرفَ والرَّبَذَة»[6].

وأخرج مالك والبخاري من حديث زيد بن أسلم عن أبيه. أن عمر بن

(١) مختصر سنن أبي داود ٤/٢٦٥ ونيل الأوطار ٦/٤٤ - ٤٥.
(٢) صحيح البخاري ٢/٨٢٣.
(٣) فتح الباري ٥/١٥.
(٤) الموطأ ٢/٧٤٤.
(٥) الشرح الصغير ٤/٩٢.
(٦) صحيح البخاري ٢/٨٣٥.

الخطاب: استعمل مولى له يُدعى هنيّاً على الحمى، ومن جملة ما قال له: «وأدخِل رب الصريمة ورب الغنيمة، وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان، فإنهما إن تهلك ماشيتُهما يرجعا إلى نخل وزرع، وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتُهما يأتيني ببنيه، فيقول: يا أمير المؤمنين! يا أمير المؤمنين! أفتاركهم أنا لا أبا لك؟ فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق. وأيم الله: إنهم ليرون أني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياههم؛ قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام. والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً»(١).

والصُّرَيْمة: تصغير صِرمة، وهي القطيع من الإبل، والغُنيمة، تصغير غنم، والمعنى: أدخل صاحب الإبل القليلة والغنم القليلة(٢). وهذا ما يؤكد أن الحمى وقع لمصلحة الغزو وضعفة المسلمين، والله أعلم.

* * *

ويَكُونُ الإِحْيَاءِ بِتَفْجِيرِ مَاءٍ وإزَالَتِهِ، وغَرْسٍ وَبِنَاءٍ وقَطْعٍ لِكَشَجَرٍ لتَسْوِيَةِ الأرضِ، لاَ بِتَحْوِيطٍ عَلَيْهَا، وَرَعيٍ لِدَوَابِّهِمْ بِهَا. وحَفْرِ بئرٍ لِمَاشِيَّةٍ إنْ لَم يُبَيِّنْ المُلكَ.

* * *

يعني أن إحياء موات الأرض يكون بأحد الأمور السبعة الآتية:

١ ـ تفجير ماء بأرض بحفر بئر أو فتق عين بها، فيختص بهما وبالأرض التي هما بها.

---

(١) الموطأ ٢/١٠٠٣ وصحيح البخاري ٣/١١١٣ ـ ١١١٤.

(٢) النهاية ٣/٢٧.

٢ - إزالة الماء من أرض كانت غامرة بالماء وهي موات.
٣ - غرس شجر بأرض، وظاهر الأصل: ولو لم يكن عظيم المؤونة وقيل لا بد أن يكون عظيم المؤونة. وهذا ما اعتمده العدوي.
٤ - بناء في الأرض، ويجري فيه ما جرى في الغرس.
٥ - قطع شجر الأرض أو حرقه لإصلاحها.
٦ - حرث الأرض، أي تحريكها وتقليبها، لا مجرد شقها.
٧ - كسر أحجار الأرض وتسويتها وتعديلها.

لا يكون الإحياء بتحويط على الأرض كجعل خط ونحوه عليها، إلا إذا جرت عادة أهل البلد بأنه إحياء[١].

والتحويط هو ما يسمى بالتحجير ومشهور المذهب أنه ليس بإحياء.

وقال الشافعي وأحمد: لا يكون إحياء تملك به الأرض ولكن صاحبه أحق بإحياء الأرض التي هو عليها من غيره[٢]. وقال أبو حنيفة: يكون أحق بإحيائها لمدة ثلاث سنين، فإن لم يعمرها فيها أخذها الإمام ودفعها لغيره[٣].

واستحسن أشهب من علمائنا قول أبي حنيفة[٤]. لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق». أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج. قاله الزيلعي[٥].

ولا يكون الإحياء برعي ماشية لكلإ أرض؛ فمن نزل أرضاً فرعى ما حولها لا يكون ذلك إحياء للأرض، خلافاً لأشهب. ولا يكون الإحياء أيضاً

(١) الشرح الصغير ٩٣/٤ والمنتقى ٣٠/٦.
(٢) مغني المحتاج ٣٦٦/٢ والمغني ٥٦٩/٥.
(٣) الهداية ٩٩/٤.
(٤) المنتقى ٣٠/٦.
(٥) نصب الراية ٤/ ٢٩٠.

بحفر بئر ماشية على المشهور، إلا إذا بين الحافر ملكيتها وقت الحفر فيكون ذلك إحياء.

وكما أن الأرض تملك بالإحياء الآنف الذكر فإنها تملك أيضاً بإقطاع الإمام، فما سلم منها عن الاختصاص بإحياء يملكه من أقطعه له الإمام ولو لم يعمره بشيء. والمراد بالإمام: السلطان(١).

وقال الشافعي وأحمد: لا تملك الأرض بإقطاع الإمام ولكن من أقطعت له يكون أحق بإحيائها من غيره. كما تقدم عنهما في مسألة التحجير(٢).

والأصل في إقطاع الإمام للرعية ما أخرجه البخاري عن أنس أن النبي ﷺ أراد أن يُقطع من البحرين فقالت الأنصار حتى تقطع لإخواننا من المهاجرين مثل الذي تُقطع لنا، قال: «سترون بعدي أُثرة فاصبروا حتى تلقوني»(٣).

وترجم له البخاري بباب القطائع(٤).

وأخرج البيهقي بسنده: «عن هشام عن أبيه أن رسول الله ﷺ أقطع الزبير، وأن أبا بكر أقطع، وأن عمر أقطع الناس العقيق»(٥).

والأرض التي يقطعها الإمام إما أن تكون مواتاً لم يسبق عليها ملك أحد، فهذه يقطعها لمن شاء ملكاً كما تقدم، وإما أن تكون سبق ملك الكفار لها وفتحها المسلمون عنوة، أي قهراً بالجهاد كأرض مصر والشام والعراق فهذه لا يَقطع ما صلح منها لزراعة الحب ـ ملكاً، وإنما يقطعها لمن ينتفع بها في حياته أو

---

(١) الشرح الصغير ٤/٩٠ وحاشية الدسوقي ٤/٦٨.
(٢) مغني المحتاج ٢/٣٦٧ والمغني ٥/٥٧٩.
(٣) صحيح البخاري ٢/٨٣٧.
(٤) المرجع السابق.
(٥) السنن الكبرى ٦/١٤٦.

لمدة محدودة، ثم تعود بعد ذلك للإمام كما كانت قبل الإقطاع، لأنها وقف بمجرد فتحها كما تقدم في كتاب الجهاد[1].

أما ما لا يصلح منها لزراعة الحب ـ وإن صلح ـ لغرس الشجر ـ كأرض الجبال والرمال والتلال فله أن يقطعها ملكاً، وله أن يقطعها انتفاعاً. وأما أن تكون الأرض فتحت عن طريق الصلح فهذه ملك لأهلها، وإنما عليهم أن يؤدوا ما وقع عليه الصلح كما تقدم في كتاب الجهاد[2] وعليه فإن الإمام لا يقطعُها بوجه من الوجوه[3].

* * *

وَافْتَقَرَ إنْ قَرُبَ لإذْنِ الامَامِ ، بِخِلَافِ الْبَعِيدِ، وَهُوَ مَا خَرَجَ عَنْ حَرِيمِ الْبَلَدِ.

* * *

يعني أن ما قرب من العمران يفتقر إحياؤه لإذن من السلطان، والقريب من البلد هو ما كان حريماً له حسبما أسلفنا.

فمن أراد إحياء لأرض تلحقها مواشي القرية غدواً ورواحاً ـ فلا بد له أن يحصل على إذن من الإمام أي السلطان.

فإن أحياه بغير إذنه نظر الإمام فإن رأى إبقاءه له أبقاه، وإن رأى أن يزيله أزاله، وإن شاء أعطاه لغيره، وإن شاء باعه للمسلمين، أو تركه على ما كان عليه. قاله مالك وابن القاسم وابن الماجشون. نقله الباجي[4]. وذلك أن ما

(١) ينظر الجزء الثاني من هذا الكتاب: تبيين المسالك ٢/٤٥٩ ـ ٤٦٠.
(٢) المرجع السابق ٢/٤٦٨.
(٣) الشرح الصغير ٤/٩١ ـ ٩٢.
(٤) المنتقى ٦/٢٨.

قرب من العمران تعلق به حق أهل القرية، فلا يعتبر مواتاً. وعليه فلا يتناوله الحديث المتقدم: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».

أما ما بعد من العمران فلا يحتاج إحياؤه إلى إذن من الإمام للحديث الذي تقدم عن مالك: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». والحديث الذي تقدم عن البخاري: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها».

وقال الشافعي وأحمد: لا يفتقر الإحياء لإذن الإمام، لا فرق في ذلك بين ما بعد من العمران وما قرب منه، إلا أن ما حمى الإمام لنعم الصدقة من الموات لا يملك بالإحياء إلا بإذن الإمام، قاله الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة بعكس ما قالا؛ أي إن الإحياء مهما كان لا يصح إلا بإذن الإمام سواء في ذلك ما بَعُدَ وما قَرُبَ من العمران[2]. واستدل بما روي أن عمر رضي الله عنه قال: «لنا رقاب الأرض». أخرجه الطحاوي، وقال: «فدل ذلك على أن رقاب الأرضين كلها إلى أئمة المسلمين»[3].

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٦١ والروض المربع ٢/٢٣٢.

(٢) الهداية ٤/٩٨ - ٩٩.

(٣) شرح معاني الآثار ٣/٣٧٠.

تتمـة في أحكـام الميـاه

تقدم أن تفجير الماء من أنواع الإحياء، سواء كان بفتق عين أو حفر بئر لزراعة أو لماشية بقصد التملك وأن صاحبها يملك ماءهما.

أما حكم تصرفه في الماء فإنه يستحب له بذل الماء مجاناً، لكنه لا يجب عليه ذلك؛ فله هبته وبيعه ومنعه إلا ممن خيف عليه الهلاك أو المرض الخطر ولا ثمن معه، فيجب دفع الماء إليه مجاناً، فإن امتنع فلمن خاف على نفسه الهلاك أن يقاتل عليه، وإن كان معه ثمن أخذه بالثمن.

وكذلك من له بئر زرع وانهارت بئر جاره وأخذ يصلحها، وخيف على زرْعه فإن عليه أن يبذل فضل مائه لجاره بثمن على الأرجح، وقيل بغير ثمن حتى يصلح جاره بئره التي أخذ يصلحها، قال الباجي: «وليس له أن يؤخر إصلاح بئره اتكالاً على فضل ماء جاره»[1].

كما أن بئر الماشية التي لم يبين صاحبها ملكيتها وقت حفرها - يحرم عليه منع فضل مائها، مع أنه مقدم في الانتفاع بها.

ففي المدونة: «أرأيت لو أن بئراً لي أسقي منها أرضي وفي مائي فضل عن أرضي وإلى جانبي أرض لرجل ليس لها ماء، وأراد أن يسقي أرضه بفضل مائي فمنعته؟ قال: ليس لصاحب الأرض أن يأخذ فضل مائك إلا أن يشتريه منك اشتراء، إلا أن يكون لك جار وقد زرع زرعاً على بئر له فانهارت بئره فخاف على زرعه الهلاك قبل أن يحيي بئره، فهذا الذي يقضى له عليك بأن

---

(١) المنتقى ٦/٣٩.

يشرب فضل مائك إن كان في مائك فضل، وإلا فأنت أحق به، وهذا قول مالك.

قلت: أفيقضى عليه بثمن أو بغير ثمن؟ قال: قال مالك: يقضى عليه، وذلك عندي بغير ثمن وغيره يقول بثمن. قال: ولقد سألناه عن ماء الأعراب يرد عليهم أهل المواشي يستقون فيمنعهم أهل ذلك الماء. قال مالك: أهل ذلك الماء أحق بمائهم حتى يرووا، فإن كان فضلاً سقى هؤلاء بما فضل عنهم»(١) اهـ.

ثم استدل بحديث: «لا يُمنع فضلُ الماء ليُمنَعَ به الكلأُ». وهذا الحديث أخرجه مالك والشيخان عن أبي هريرة مرفوعاً(٢).

قال الباجي: «قال مالك في المجموعة والواضحة: معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات، لأنه إذا منع فضل الماء لم يُرْعَ ذلك الكلأ الذي بذلك الوادي لعدم الماء فصار منعاً للكلإ»(٣) اهـ.

وعلى هذا كله درج خليل، فقال: «ولذي مأجل وبئر ومرسال مطر، كماء يملكه منعه وبيعه، إلا من خيف عليه ولا ثمن معه، وإلاَّ رُجِّحَ بالثمن، كفضل بئر زرع خيف على زرعٍ جاره بهدم بئره، وأخذ يُصلح وأجبر عليه، كفضل بئر ماشية بصحراء هدراً إن لم يبين الملكية»(٤) اهـ. وقوله: «وإلاَّ رجِّح بالثمن» يعني أنه إذا كان عنده ثمن فإن الراجح أنه يأخذه بثمنه، لا مجاناً(٦).

والمأجل هو مخزن الماء كالصهريج، ومرسال المطر: محل اجتماعه(٧).

---

(١) المدونة الكبرى ٤/٣٧٤.

(٢) الموطأ ٢/٧٤٤ وزاد المسلم ٥/٤١٥ - ٤١٧.

(٣) المنتقى ٦/٣٤.

(٤) مختصر خليل ص ٢٥٠.

(٥) جواهر الإكليل ٢/٢٠٤.

(٦) حاشية الدسوقي ٤/٧٢.

(٧) جواهر الاكليل ٢/٢٠٤.

كِتَابُ الوَقفِ

الوَقْفُ: صَرفُ مالكٍ منْفَعَة وَلَوْ بأجْرَةٍ أو غَلَّة لأهلِ كربَاطٍ ومَسْجِدٍ، وإنمَا يَكونُ ممن له التَبرُّعُ، بصِيغةٍ كوَقفْتُ وحَبَّسْتُ وَسَبَّلْتُ، وكَتَصدَّقتُ مَعَ قَرِينَةٍ، ويَكفِي في المَسْجِدِ التَّخلِيَةُ.

* * *

الوقف والحبس والتسبيل بمعنى واحد؛ يقال: وقفته وحبسته وسبلته، فهو وقف وحبس ومسبل.

وسمي وقفاً وحبساً لأن أصل المال موقوف ومحبوس على الجهة التي عين لها؛ لا يباع ولا يوهب، وسمي مُسَبَّلاً لأن منفعة الأصل الموقوف مسبَّلة لمن وُقفت عليه؛ يتصرف فيها كيف شاء.

وأركان الوقف أربعة وتضمنها تعريف المصنف له:

١ ـ واقف: وهو المالك للذات أو المنفعة المصروفة للموقوف له. ويشترط في صحة وقف المالك أن يكون أهلاً للتبرع، بأن يكون حراً بالغاً رشيداً مختاراً، أي غير مكره، وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «صرف مالك» وبقوله: «وإنما يكون ممن له التبرع».

٢ ـ موقوف: وهو الذات الموقوفة أو المنفعة المصروفة، سواء كانت منفعة عين يملكها الواقف كتحبيس منفعة داره المؤجرة. أو منفعة عين لا يملكها كأن يؤجر داراً لمدة معينة ويحبس منفعتها في تلك المدة، وبانتهائها ينتهي الوقف، لأنه لا يُشترط فيه عندنا التأبيد، كما سيأتي إن شاء الله.

وكذلك الشأن في غلة العين المؤجرة، فإذا استؤجرت دار محبسة فإن أجرتها تصرف لمن حبست عليه.

وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «منفعة ولو بأجرة أو غلة» وسواء كانت الذات المحبسة عقاراً أو حلياً أو حيواناً وغير ذلك، فما كان مملوكاً من منقول وغيره جاز وقفه[١].

٣ ـ موقوف عليه، ويشترط فيه أن يكون أهلاً لصرف المنافع عليه كعلى فلان أو على الفقراء أو المساكين أو طلبة العلم، أو على مسجد أو مدرسة أو رباط، والمراد به الثغر، أي مكان تسلل أعداء الإسلام من أطراف البلاد، وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «لأهل كرباط»[٢].

وسواء كان الموقوف عليه موجوداً أو جنيناً، أو أنه سيولد في المستقبل، فيصح الوقف على ذلك كله، قال في التحفة:

«وللكِبارِ والصِّغارِ يُعقَدُ وللجنين ولمن سَيُولَدُ»[٣]

٤ ـ صيغة صريحة كحبست أو وقفت أو سبلت، أو غير صريحة كتصدقت، إن اقترنت بقيد يدل على الوقف، كتصدقت به على فلان على أن لا يباع ولا يوهب، أو تصدقت به على بني فلان وعقبهم ونسلهم، أو على الفقراء والمساجد صدقة لا تباع ولا توهب. وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «بصيغة كوقفت وحبست، وكتصدقت مع قرينة».

(١) الشرح الصغير ٤/٩٧ ـ ١٠٢ ومواهب الجليل ٦/١٨ ـ ٢٢.
(٢) المرجعان السابقان.
(٣) البهجة شرح التحفة ٢/٢٢٥.

وقوله: «ويكفي في المسجد التخلية». يعني أن التخلية بين الناس وبين المسجد ونحوه كالمدرسة ـ تنوب عن الصيغة الآنفة الذكر.

فمن بنى مسجداً وخلى بينه وبين الناس، ولم يخص قوماً عن قوم ولا فرضاً عن نفل، فإنه يعتبر وقفاً وإن لم يتَلَفَّظْ بذلك[١].

وحكم الوقف الندب لقوله تعالى: ﴿وافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[٢] وهو من البر وفعل الخير. والأصل فيه من السنة ما أخرجه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أصاب عمر أرضاً بخيبر، فقال: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها». فتصدقَ بها عمر على أن لا تباع ولا توهب، ولا تورث ـ في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول». وفي لفظ: «غير متأثل مالاً»[٣].

وأخرج البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده، فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»[٤].

قال في الفتح: «قال المهلب وغيره «في هذا الحديث جواز وقف الخيل للمدافعة عن المسلمين، ويستنبط منه جواز وقف غير الخيل من المنقولات، ومن غير المنقولات من باب الأولى»[٥].

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة؛ إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[٦].

---

(١) الشرح الصغير ٤/١٠٣ ـ ١٠٤. (٢) الحج ٧٧. (٣) نيل الأوطار ٦/١٢٧.
(٤) صحيح البخاري ٣/١٠٤٨. (٥) فتح الباري ٦/٤٣. (٦) صحيح مسلم ٣/١٢٥٥.

قال الأبي: «قوله: صدقة جارية» أي: «يدوم ثوابها مدة دوامها، ويدل على جواز الحبس، لأن بقاء الصدقة بعد الموت إنما يكون بالحبس، ومنعه الكوفيون»[1] وروى البخاري تعليقاً والنسائي والترمذي أن عثمان بن عفان وقف بئر رُومة وقال: دلوي فيها كدلاء المسلمين». قاله في التلخيص[2].

أما وقف المشاع فالأصل في جوازه ما أخرجه النسائي وابن ماجه من حديث ابن عمر، أن عمر قال للنبي ﷺ: إن المائة السهم التي لي بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إلي منها، قد أردت أن أتصدق بها، فقال النبي ﷺ: «احبس أصلها وسبل ثمرتها». قاله في منتقى الأخبار، وترجم له بباب وقف المشاع والمنقول[3].

قال الشوكاني: «حديث ابن عمر أخرجه أيضاً الشافعي، ورجال إسناده ثقات»[4].

وبه قال الشافعي وأحمد، أي أن الوقف قربة، وأنه يصح في المملوك عقاراً كان أو منقولاً من حيوان وغيره ولو مشاعاً. وأنه يصح دون حكم حاكم، إلا أن الشافعي لا يصح عنده على الجنين، ولأحمد روايتان إحداهما: لا يصح والأخرى: يصح[5].

وقال أبو حنيفة: لا يصح الوقف ولا يمضي حتى يحكم به حاكم أو يعلقه الواقف على موته كأن يقول إذا مت فقد وقفت داري، فإذا حكم به الحاكم صح. وقبل ذلك له الرجوع فيه إلا في المسجد فإن وقفه لا يتوقف عنده على حكم حاكم، فإذا أذن الواقف في الصلاة فيه وصلى فيه واحد صار وقفاً ولا

---

(١) إكمال الإكمال ٤/٣٤٥.
(٢) تلخيص الحبير ٣/٦٨.
(٣) نيل الأوطار ٦/١٣٢.
(٤) المرجع السابق.
(٥) مغني المحتاج ٢/٣٧٦ ـ ٣٧٩ والروض المربع ٢/٢٣٧ ـ ٢٣٨ والمبدع ٥/٣١٢ ـ ٣٢٣.

يصح الوقف عنده أيضاً حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع. كما أنه لا يصح عنده وقف المنقول كالحيوان وغيره مما سوى العقار، ولا يصح عند محمد وقف المشاع خلافاً لأبي يوسف فإنه يصح عنده[1].

ومذهبنا جواز وقف المشاع، قال ابن سلمون: «ويجوز تحبيس الجزء المشاع، قال ابن حبيب: فإن كان مما ينقسم قُسِم فما أصاب الحبس من ذلك فهو على التحبيس، وما كان من ذلك لا ينقسم بيع، فما أصاب الحبس من الثمن اشتري به ما يكونُ حبساً فيما سبله فيه» اهـ. نقله التاودي في شرحه للتحفة[2].

* * *

ولَا يُشْتَرطُ فيه التنْجِيزُ ولَا التَّأْبِيـدُ، وحُمِلَ عليْهـمَا في الإِطْلَاق، كتَسْوِيَةِ ذَكَرٍ لأُنثَى، ولَا يُشترطُ فِيهِ القَبُول، فإن رَدَّهُ مَن عُيِّنَ لَهُ صُرِفَ لِلْفُقَرَاءِ.

* * *

يعني أن الوقف لا يشترط فيه التنجيز فيجوز أن يقول: داري وقف بعد شهر أو أكثر أو أقل لأجل معلوم، كما أنه لا يشترط فيه التأبيد فيجوز أن يحد بمدة معينة، كسنة أو سنتين، ثم بعد ذلك يرجع ملكاً لصاحبه أو غيره، كما أسلفنا، غير أنه إذا أطلق فقال: هو حبس أو وقفٌ ولم يتعرض لتنجيز ولا تأبيد، فإنه يحمل على أنه ناجز من حينه كما يحمل على أنه مؤبد على المشهور، وقيل إنه كالعمرى يرجع بعد موت المحبَّس عليه للمحبِّس أو وارثه ملكاً[3].

(١) بدائع الصنائع ٦/٢١٨ ـ ٢٢٠ واللباب ٢/١٨٠ ـ ١٨٧.
(٢) حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، هامش البهجة شرح التحفة ٢/٢٣٤.
(٣) الشرح الصغير ٤/١٠٥ ـ ١٠٦ وشرح الزرقاني لخليل ٧/٨٤ ـ ٨٩.

وقال الشافعي وأحمد: يشترط في الوقف التنجيز والتأبيد فلا يصح تعليق ابتدائه، ولا تعليق انتهائه(١).

وقوله: «كتسوية ذكر لأنثى» يعني أن الواقف إذا قال: داري مثلاً وقف على أولاد فلان، أو على أولادي ولم يبين تفضيلاً بين الأولاد ـ فإنه يحمل على التسوية بين الذكر منهم والأنثى، فإن بيَّن شيئاً عمل به(٢).

ولا يشترط في الوقف قبول مستحقه لأنه قد يكون غير محصور أو غير موجود أو لا يمكن خطابه كالمساجد، إلا إذا كان مستحقه معيناً وأهلاً للقبول والرد، وهو الرشيد، فإن لم يكن رشيداً فالمعتبر وليه، فإن رده مَن عين له وكان رَشيداً صُرف للفقراء، ولا يرجع لربه، وذلك باجتهاد الحاكم فيعيِّنه لغيره، حبساً إن لم يُرد الواقف المُعَيَّنَ بخصوصه، وإلا رجع له ملكاً(٣).

وبه قال الشافعي في الأصح عنه، أي أن الوقف إن كان على جهة عامة كالفقراء والمساجد لا يشترط فيه القبول، وإن كان على معين يشترط فيه القبول، وهذه رواية عن أحمد، وروايته الأخرى وعليها اقْتُصر في الروض المربع: أنَّ القبول لا يشترط مطلقاً ولو كان الوقف على معين(٤).

ولا يشترط في الوقف تعيين مصرفه، فيصح أن يقول: أوقفته لله تعالى، وعندئذ يصرف في غالب ما تصرف فيه أوقاف البلد، هذا إذا تعذر سؤال المحبِّس ولم يُعيِّن مراده بذلك وإلا عمل بما قال. فإن لم يكن لأهل البلد أوقاف، أو لهم أوقاف ولا غالب فيها صرف للفقراء باجتهاد الحاكم، سواء كانوا بمحل الوقف أو في غيره(٥).

* * *

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٨٣ ـ ٣٨٥ والمغني ٥/٦٢٨.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/١٠٥.

(٣) الشرح الصغير ٤/١٠٦.

(٤) مغني المحتاج ٢/٣٨٣ والروض المربع ٢/٢٣٨ والمغني ٥/٦٠٠ ـ ٦٠١.

(٥) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/١٠٦.

وَإن انْقَطَعَتْ جِهَةٌ عُيِّنَتْ رَجَعَ حبْساً لأَقْرَبِ فُقَراءِ عَصَبَةِ المُحبِّسِ، وامْرَأَةٍ لَوْ كَانَتْ ذَكَراً عَصَّبتْ، ويَسْتَوِي فِيه الذَّكرُ وَالأُنْثى، وَلَوْ شَرط في الاصْلِ خِلاَفَهُ.

* * *

يعين أن الوقف المؤبد إذا كان على جهة معينة وانقطعت فإنه يرجع حبساً مؤبداً لأقرب فقراء عصبة المحبِّس على الترتيب المتقدم في كتاب النكاح، فيقدم الابن فابنه فالأب فالأخ فابنه. . .[1].

كما أنه يرجع لامرأة لو قدر أنها ذكر عصبت المحبِّس كالبنت والأخت الشقيقة أو لأب والعمة وبنت العم[2].

ويستوي في مرجع الوقف الذكور والإناث ولو شرط في عقد الوقف أن للذكر مثل حظ الأنثيين أو عكسه، لأن الواقف لا يتحكم في المرجع، إذ ليس المرجع بإنشاء وإنما هو بحكم الشرع[3].

والأصل في رجوع الوقف لأقرب فقراء عصبة المحبس ما في الموطإ والصحيحين من حديث أبي طلحة: «وإني أرى أن تجعلها في الأقربين»[4].

والحبس له حكم الصدقة، والصدقة على القريب فيها الجمع بين الصلة والصدقة.

وذكر ابن عبد البر أن في هذا الحديث دليلاً على رجوع الحبس لأقرب فقراء عصبة المحبس[5].

(١) تبيين المسالك ٣/٤٨ ـ ٤٩.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٢١.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الموطأ ٢/٩٩٦ وزاد المسلم ١/١٣٦ ـ ١٣٧.
(٥) التمهيد ١/٢٠٨.

وقال الشافعي: يرجع لفقراء قرابة الرحم لا الإرث في الأصح فيقدم ابن بنت على ابن عم. قاله في مغني المحتاج[1].

وقال أحمد في إحدى رواياته: يرجع وقفاً إلى ورثة المحبِّس، لا فرق في ذلك بين الغني والفقير، ولا العصبة وغيرهم، وقال في رواية أخرى: يرجع وقفاً إلى أقرب عصبة المحبِّس دون بقية الورثة من أصحاب الفروض. قاله في المغني: ثم قال: «وأقرب الأقوال فيه: صرفه إلى المساكين، لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه، فإن كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب، كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم..»[2].

أما أبو حنيفة فتقدم أن الوقف لا يصح عنده إذا لم يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً، بأن يجعل آخره للفقراء[3].

وإذا قال الواقف: هذا وقف على محمد وزيد، وبعدهما يكون على الفقراء، فإن من مات منهما يكون نصيبه للفقراء، لا للحي منهما[4].

وقال الشافعي يرجع نصيب من مات لمن بقي منهما لا للفقراء. قال في المنهاج: «ولو وقف على شخصين ثم الفقراء فمات أحدهما، فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر»[5] اهـ.

وعند إمامنا مالك: إذا لم يقل: «وبعدهما على الفقراء ـ فإن من مات منهما ولم يعقب ـ يرجع نصيبه للآخر، وبنيه: قال العلامة الشيخ محمد فال ابن بابه العلوي الشنقيطي:

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٨٤.
(٢) المغني ٥/٦٢٢ ـ ٦٢٥.
(٣) اللباب ٢/١٨٢.
(٤) الشرح الصغير ٤/١٢٢.
(٥) مغني المحتاج ٢/٣٨٦.

«ومن علي زيد وعَمْرو وقفا   معقَّبا إن موت زيد عُرفا
نصيبُه إن لم يكن مخلِّفا   نسلاً لعمرو وبنيه صرفا»

تنبيه: إذا رجع الوقف لامرأة لو قدر أنها رجل عصبت كبنت، وماتت ـ فإن الوقف لا ينتقل لأولادها، لأنهم ليسوا عصبة للمحبس بموجبها، والعصبة لا بد أن تراعى ابتداء ودواماً فيرجع لأقرب فقراء عصبة المحبِّس. قال الشيخ محمد العاقب بن مايابى الشنقيطي في نظمه لنوازل الشيخ سيدي عبدالله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي:

«وفي رجوع الوقف للبنات   مَن هُدِمت بهاذِم اللَّذات
فلا دخول لابنها في المرجَعِ   لعدم التَّعصِيب فَلْيَسْتَرجِع»[1]

أي فليقل: إنا لله وإنا إليه راجعون.

وقد أفتى الشيخ محنض بابه بن اعبيد الديماني الشنقيطي، بذلك كما أفتى به الشيخ بابه بن أحمد بييه العلوي الشنقيطي، وعارضهما من علماء الشناقطة: الشيخ حرمة بن عبد الجليل العلوي، والشيخ اديَيْجَه الكمليلي، فأفتيا بانتقال الوقف لابناء البنت بعد موتها قائلينْ: إن الوقف يرجع كابتداء حبس.

وقد وقع تبادل النقول والشعر بين الفريقين دافع كل منهما عن فتواه، وقد ذكر ذلك الشيخ أحمد بن الأمين الشنقيطي في كتابه: الوسيط. وأتى بنموذج مما دار بينهما[2]. ومما دار بين الفريقين قول اديَيجه مخاطباً محنض بَابه وبَابَه:

يا صاحِبيَّ قفا بالمنهل الصافي   وسَلِّما الحكمَ للقاضي بإنصاف
ووافقا حرُمَ فيما قال ويحكما ـ   فإن شيخَكما أدْرى بالأوقاف
فحجة الشيخ في بهرام ناهضة   لو كان يكفيكما ما كان في الكافي

(١) مرجع المشكلات ص ١٢٦.
(٢) الوسيط في تراجم أدباء شنقيط ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

وقد أجابه محنض بابه فقال:

إذا تـأمّلتَ مكتـوبي بـإنصاف ألفيتَ فيـه زُلالاً عـذبُـه صـاف
هو المصيب لصَوب الفهم يَعضدهُ نقـل الشيوخ بنصٍّ واضـح شـاف
رَووهُ عن مـالـك طُـرّاً ووافقـه نصُّ الإمام ابن عبدِ البَرِّ في الكافي

ويلاحظ أن كلًّا منهما أحال إلى ما جاء في كتاب الكافي لابن عبد البر، ولعل ذلك نشأ عن اختلافهما في فهم ما ورد فيه، لذلك ارتأينا أن ننقل ما جاء فيه، ونصه: «ولو انقرض ولده وولد ولده وهو حي ـ يعني المحبِّس ـ لم يرجع إليه أبداً، وكان راجعاً إلى ما وصفنا في أقرب الناس بالمحبس من عصبته، أو من كان يكون عصبة من النساء لو كان رجلاً، فإذا انقرض أولئك العصبة فالذين يلونه منهم أبداً ما بقي منهم أحد، ولا يرجع إلى المحبس.

فإذا انقرض عصبة المحبس كلهم ولم يكن لـه عصبة رجع الحبس على ما عليه أحباس المسلمين باجتهاد الحاكم»[1] اهـ.

* * *

وَيَبْطُل بِمَانِعٍ قَبْلَ حَوْزِه أو بَعْدَ عَوْدِهِ لَهُ قَبْلَ عَامٍ فِي ذِي الغَلَّةِ، إلاّ لِمَحْجُوره إنْ أَشْهَدَ عَلَى الوَقْفِ، وصَرَفَ لَهُ الغَلَّةَ، فإنْ كَانَ دَاراً وسَكَنَ الأَكْثَرَ بَطَلَ، لاَ الأَقَلَّ، وَفِي النصْفِ مَا سَكَنَ.

* * *

يعني أن الوقف يبطل بحصول مانع للواقف ـ كفلس أو موت ـ قبل أن يحوزه الموقوف عليه إن كان معيناً رشيداً، أو وليه إن كان محجوراً عليه، لأن الحوز شرط في كلِّ التَّبرعات ـ ومنها الوقف، قال في الرسالة: «ولا تتم هبة ولا

(١) الكافي ٢/١٠١٤.

صدقة ولا حبس إلا بالحيازة، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث»[1]. وسيأتي دليل ذلك في باب الهبة والصدقة إن شاء الله.

كما يبطل الوقف بحصول مانع للواقف بعد عود الوقف له قبل مضي عام عليه من الحيازة إن كان للوقف غلة، كدار وحانوت ونحوهما، أما إن عاد له بعد عام فلا يبطل على المشهور، لأن العام هو المدة التي يقع بها الاشتهار، خلافاً لطريقة ابن رشد القائلة بالبطلان ولو بعد أعوام، وهي مرجوحة، وليس العمل عليها، وقد نظم ذلك سيدي أحمد المزوار فقال:

«رجـوعُ واقـفٍ لمـا قـد وقفَـا　　بعـد مُضِيٍّ سنـةٍ قـد خُففـا
عَـلى صبيٍّ كـان أو ذي رُشْـدِ　　واعتَـرضَتْ طريقـةُ ابنِ رُشْـدِ»

نقله البناني في حاشيته[2].

أما مالا غلة له من الوقف ككتب العلم والسلاح فإنه لا يبطل بعوده ليد الواقف قبل مضي عام إذا صرفه في مصرفه قبل عوده له، بأن حيزت الكتب لمن يقرأ فيها، وحيز السلاح لمن يقاتل به أو لمن ينجر بـه في نحو القدوم[3].

وقوله: «إلا لمحجوره. . .» إلخ يعني أن من وقف على محجوره الصغير أو السفيه لا يشترط أن يحوز له الحوز الحسي، بل يكفي الحوز الحكمي، فيصح وقف الولي عليه مع استمرار الوقف تحت يده حتى يحصل المانع، وذلك بشروط ثلاثة:

١ ـ أن يُشْهِد الوليُّ على الوقف على محجوره، ولو لم يشهد على الحوز له.
٢ ـ أن يصرف غلة الوقف في مصالح المحجور كلاًّ أو جلاًّ، فإن لم يصرف جل الغلة في مصالح المحجور بطل الوقف.
٣ ـ وإذا كان الموقوف دار سُكنى للواقف فلا بد أن يتخلى عنها وتشهد البينة

---

(١) الرسالة الفقهية ص ٢٢٨.
(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/٧٨.
(٣) الشرح الصغير ٤/١٠٨.

بفراغها من شواغل الواقف، فإن استمر في سكناها أو سُكنى الأكثر منها بطل الوقف كله، وإن سكن الأقل وأكرى الأكثر لمحجوره صح الجميع، لأن الأقل يتبع الأكثر، وإن سكن النصف بطل النصف فقط، وصح وقف النصف الذي لم يسكنه[1].

* * *

وَيَبْطُلُ عَلَى وَارِثٍ إلاَّ في مَسْأَلَةِ أَوْلَادِ الأَعْيَانِ، وَهِيَ: عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي. وَبَسَطَهَا في الأَصْلِ.

* * *

يعني أن ما وقفه الواقف على وارثه في مرض موته يبطل، ولو حمله الثلث، لأنه حينئذ صار كالوصية ولا وصية لوارث.

إلا فيما يعرف بمسألة أولاد الأعيان، وهي أن يقول الواقف في مرض موته: حبست على أولادي وأولادِ أولادي وعقبهم، فإن ما وقف يخرج من الثلث، ويكون وقفاً على الجميع حسب التفصيل الآتي[2]:

فمثلاً إذا كان له ثَلاثة أولاد لصلبه - وهم أولاد الأعيان - وأربعة أولاد أولاد وحبس عليهم وعلى عقبهم عقاراً أو غيره، وترك بعد موته ممن يرثه - أماً وزوجة فيدخلان مع أولاد الصلب في نصيبهم وهو ثلاثة أسباع، سواء كان الأولاد ذكوراً أو إناثاً كلهم أو بعضهم، وسواء سوى بين الذكر والأنثى أم لا - فإن ما ينوبهم يقسم بينهم للانتفاع بغلته - على حسب الميراث، ومعهم الزوجة والأم، فيكون للزوجة ثمن الأسباع الثلاثة وللأم سدسها، والباقي بين الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين.

(١) المرجع السابق وحاشية الصاوي ٤/١٠٩ - ١١٠.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ١١٠ - ١١١.

أما ما ينوب أولاد الأولاد الأربعة وهو أربعة أسباع فيكون بينهم على حسب الوقف، يعمل فيه بما شرط الواقف من تفاضل أو غيره. وهذه المسألة يشترط فيها التعقيب، فإن قال: وقف على أولادي وأولاد أولادي، ولم يقل: وعقبهم - فإن ما كان لأولاد الأعيان يبطل لأنهم يرثون، وما كان لأولاد الأولاد يثبت وقفه، لأنهم لا يرثون مع الأولاد. فتصح الوصية لهم.

وينتقض القسم على السبعة المذكورين بحدوث ولد لأحد الفريقين أولهما معاً، فإذا طرأ ولد واحد صارت القسمة من ثمانية، وإذا طرأ اثنان صارت من تسعة، وهلم جرا.

كما ينتقض القسم - على الأصح - بموت واحد فأكثر من أولئك السبعة، فإذا مات واحد فالقسمة تصير من ستة، فإن كان من أولاد الأعيان فيكون لأولاد الأولاد ثلثان ولأولاد الأعيان ثلث (وهو سهمان من ستة) للزوجة ثمنهما وللأم سدسهما. والباقي يقسم ثلاثة أسهم اثنان للأخوين الباقيين وواحد لورثة أخيهما الميت، لأنه يقدر حياً، ونصيبه لورثته حسب الفرائض، وكذلك الشأن في موت اثنين من الثلاثة.

فإذا مات أولاد الأعيان كلهم رجع الوقف كله لأولاد الأولاد، بما في ذلك ما بيد الزوجة والأم - ولو كانتا على قيد الحياة - لأن أخذهما كان على وجه التبعية للأولاد وقد انقرضوا[1].

وإذا كان الميت أحد أولاد الأولاد الأربعة فإن القسمة تكون من ستة؛ ثلاثة أسهم لأولاد الأعيان الثلاثة، وتدخل الزوجة والأم معهم حسب ما تقدم، والثلاثة الأسهم الأخر لأولاد الأولاد الثلاثة.

وإذا مات اثنان من أولاد الأولاد تصير القسمة من خمسة وإذا ماتَ ثلاثة منهم تصير القسمة من أربعة.

وإذا ماتوا كلهم رجع الوقف كله لأولاد الأعيان.

(١) المرجع السابق ٤/١١١ - ١١٤ .

فإن انقرض جميع أولاد الأعيان وأولاد الأولاد رجع الوقف مراجع الأحباس، وينزع ما كان بيد الزوجة والأم أو ورثتهما ويصير الجميع لأقرب فقراء عصبة المحبس[1].

لا ينتقض القسم بموت الزوجة أو الأم لكن يرجع مناب من ماتت منهما لورثتها، فإن لم يكن لهما وارث فلبيت المال حتى ينقرض أولاد الأعيان. فإن انقرضوا رده بيت المال لأولاد الأولاد[2].

* * *

أَوْ عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ أَنَّ النَّظَرَ لَهُ، وَيَلْزَمُهُ قَبْلَ الْمَانِعِ رَفْعُ نَظَرِهِ.

* * *

يعني أن الوقف يبطل إن جعله الواقف على نفسه، ولو مع شريك غير وارث على المشهور، إلا أن يحوزه الشريك قبل المانع فيصح ما له ويبطل ما للواقف. قال المواق: «ابن عرفة: الحبس على نفس المحبِّس وحده باطل اتفاقاً، وكذلك مع غيره على المعروف. وظاهر المذهب بطلان كل حبس مَن حبَّس على نفسه وغيره إن لم يحز عنه، فإن حيز صح على غيره فقط»[3] اهـ.

وبه قال الشافعي في الأصح عنه. قاله في المنهاج[4].

وقال أحمد: إن شرط الواقف أن ينفق من الوقف على نفسه أو على

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/٨٣ ـ ٨٤.
(٢) المرجع السابق.
(٣) التاج والإكليل ٦/٢٥.
(٤) مغني المحتاج ٢/٣٨٠.

أهله صح الوقف والشرط. قاله في المغني[1]. ونحوه لأبي حنيفة. قاله في رحمة الأمة[2].

ويبطل الوقف إن اشترط الواقف أن يكون النظر فيه له، أي للواقف، لما فيه من التحجير، هذا إن حصل مانع له، وإلا فإنه إن اطلع عليه قبل المانع يجبر على جعل النظر لغيره[3].

قال الحطاب: «هذا إذا لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، وأما من كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم، كما صرح به في المدونة وغيرها، والله أعلم»[4] اهـ.

وقال الشافعي: «إن اشترط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع، وإلا فالنظر للقاضي على المذهب». قاله في المنهاج ونحوه لأحمد[5].

ويبطل الوقف إن وُقف على معصية كوقف دار لممارسة البِغاء أو شرب الخمر فيها، وكذلك وقفها لتكون كنيسة ونحو ذلك[6].

وبه قال الشافعي وأحمد[7].

* * *

وَاتُّبِعَ شَرْطُهُ إنْ جَازَ كَتخْصِيصِ مَذْهَبٍ أو بَيْعٍ عِنْدَ حَاجَةٍ

(١) المغني ٥/٦٠٤ـ ٦٠٥.
(٢) رحمة الأمة ص ٢٣٩.
(٣) الشرح الصغير ٤/١١٦ ـ ١١٧.
(٤) مواهب الجليل ٦/٢٥.
(٥) مغني المحتاج ٢/٣٩٣ والمغني ٥/٦٤٧.
(٦) الشرح الصغير ٤/١١٦.
(٧) مغني المحتاج ٢/٣٨٠ والروض المربع ٢/٢٣٨.

أَوْ خَوفِ ظَالمٍ. ويُكْرَهُ عَلَى بَنِيهِ دُونَ بَنَاتِه، ويُبدَأ من غَلَّتِه بإِصْلاَحِهِ.

* * *

يعني أن الواقف يتبع شرطه لفظاً وكتابة ـ إن جاز شرعاً ولو مع الكراهة. فمثال ما يجوز ويصح دون كراهة ـ قصر الوقف على مذهب معين كمذهب مالك أو غيره من المذاهب الأربعة، أو قصره على مدرسة بعينها لتصرف غلته عليها[1].

وبه قال الشافعي وأحمد[2].

كما يتبع شرط الواقف في تعيينه لإمام في مسجد وقفه[3]. ولأحمد نحوه، قال في الإنصاف: «وأما المسجد فإن عين لإمامته شخصاً تعين، وإن خصص الإمامة بمذهب تخصصت به، مالم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو ظاهرها، سواء كان لعدم الاطلاع أو لتأويل ضعيف»[4]. وإن شرط أنه إن احتاج المحبِّس عليه أن يبيع من الحبس باع فيعمل بشرطه، ولا بد أن يُثبت المحبَّسُ عليه حاجته ويحلف على ذلك، إلا إذا شرط الواقف أن يصدق بلا يمين فيعمل بشرطه، فإن اشترط له البيع بدون قيد الاحتياج صح مع المنع[5].

كما يعمل بشرط الواقف إذا شرط أنه إذا تسور على الوقف ظالم أنه

---

(١) الشرح الصغير ٤/١١٩.
(٢) مغني المحتاج ٢/٣٨٥ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٧/٥٥.
(٣) الشرح الصغير وحاشيته ٤/١١٩.
(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٧/٥٥.
(٥) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/١٢٠.

يرجع إليه ملكاً إن كان حياً، أو ورثته إن كان ميتاً، أو يرجع لفلان، ملكاً فإن كل ما اشترط من ذلك يصح(١).

ويعمل بشرط الواقف في تخصيصه لناظر معين على الوقف، كأن يقول: جعلت النظر لفلان على وقفي، فإن لم يجعل له ناظراً معيناً فإن المستحِق إن كان معيَّناً رشيداً فهو الذي يتولى أمر الوقف، وإن كان غير رشيد فوليه. أما إن كان المستحِق غير معين كالفقراء فإن الحاكم يُولي عليه من شاء ممن يُرتضى أمانةً. ومحل تولية الحاكم عليه ناظراً إذا كان الواقف ميتاً. ولم يجعل له ناظراً ولا وصَّى له به. وأجرة الناظر تكون من ريع الوقف(٢).

والأصل في العمل بشرط الواقف إن كان جائزاً ما أخرجه الترمذي ـ وصححه ـ من حديث عمرو بن عوف المزني مرفوعاً: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». قاله في بلوغ المرام(٣).

قال الحافظ: «وأنكروا عليه ـ يعني الترمذي، أي انكروا عليه تصحيحه ـ لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف، وكأنه اعتبره بكثرة طرقه. وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه»(٤) اهـ.

وقوله: «ويكره على بنيه دون بناته». يعني أن المحبِّس يكره له أن يخص بنيه بالحبس دون بناته، فإن وقع ذلك مضى على الأصح. ففي حاشية البناني عن مالك في المدونة: «ويكره لمن حبس أن يُخرج البناتِ من تحبيسه. اهـ أبو الحسن قال هنا: يكره، فإن نزل مضى، وقيل يفسخ. اهـ وقال اللخمي: فعلى أنه يكره فإن نزل مضى. اهـ وقال ابن رشد: وعلى أنه

(١) المرجع السابق.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٨٨.
(٣) سبل السلام ٣/٨٨٣.
(٤) المرجع السابق.

مكروه لا يفسخ الحبس إلا أن يرضى المحبِّس عليهم بفسخه وهم كبار، ابن عرفة: فيه نظر، لأن المكروه إذا انزل مضى ولا يفسخ»[1].

ومقابل الأصح ما مشى عليه خليل من المنع والبطلان قال: «ويبطل على معصية، وحربي وكافر لكمسجد، أو على بنيه دون بناته»[2].

وقد درج خليل على ما في العتبية ونصه: «قال مالك: من حبس حُبساً على ذكور ولده وأخرج الإناث منه إذا تزوجن، فإني لا أرى ذلك جائزاً وإنه من أمر الجاهلية، وليس على هذا توضع الصدقات لله وما يُراد به وجهُه، إلا ما تصدق به رجل وجعله بعد انقراض ولده في سبيل من سبل الخير»[3].

قال ابن رشد: «ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال، خلاف مذهب ابن القاسم في أنه يمضي إذا فات ولا ينقض، وفَوْتُ الحبس عنده أن يُحاز عن المحبِّس على ما قاله في هذه الرواية..» وذكر في المسألة أقوالاً أخر[4].

وأصح الأقوال في المسألة هو ما درج عليه المصنف تبعاً للأصل[5] وغيره والله أعلم.

واحتجت عائشة لكراهة إخراج البنات من الحبس بقوله تعالى: ﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا ﴾[6]. قاله الباجي[7].

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/٧٧.
(٢) مختصر خليل ص ٢٥١.
(٣) البيان والتحصيل ١٢/٢٠٤.
(٤) المرجع السابق ١٢/٢٠٥ - ٢٠٦.
(٥) الشرح الصغير ٤/١١٨ - ١١٩.
(٦) الأنعام: ١٣٩.
(٧) المنتقى ٦/١٢٣.

وقوله: «ويبدأ من غلته بإصلاحه». يعني أن غلة الوقف يُبدأ منها بإصلاح الخلل الذي يطرأ عليه، ويتولى الإصلاح ناظر الوقف وبه قال الشافعي[1]. وليس على مستحقه أن يُصلحَه مجاناً، وإن شرط ذلك عليه فإن الشرط يبطل ويصح الوقف، فإن أصلح من شرط عليه الإصلاح، رجع بما أنفق لا بقيمته منقوضاً[2]. فإن لم تف الغلة بالإصلاح فمن رقابه.

وقال أحمد: ينفق على الوقف من شرطت عليه نفقته من قبل الواقف، فإن لم يمكن ذلك فمن غلته، قال: وإن تعطلت منافع الحيوان فنفقته على الموقوف عليه، لأنه ملكه، ويحتمل وجوبها في بيت المال. قاله في المغني[3].

* * *

وَيَدْخلُ وَلَدُ البِنْتِ إنْ قَالَ: عَلَى ذُرِّيتي أوَ أوْلاَدِي وَأوْلاَدِهِم، بخِلاَفِ أوْلاَدِي وَأوْلاَدِ أوْلاَدِي أوْ نَسْلِي. وفي أقَارِبي أقَارب جِهَتَيْهِ، ولِلْعُرْفِ في ذَلِكَ مَدْخَلٌ.

* * *

يعني أن ولد البنت يدخل في الوقف إذا قال الواقف: وقف على ذريتي أو ذرية فلان. وبه قال الشافعي[4]. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ كُلًّا هَدَيْنَا وَنُوحاً هَدَيْنَا مِن قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ ﴾ إلى أن قال: ﴿ وَزَكَرِيَّاءَ وَيَحْيَى وَعِيسَى ﴾[5].

(١) مغني المحتاج ٢/٣٩٣.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٨٩ والشرح الصغير ٤/ ١٢٤.
(٣) المغني ٥/٦٤٨.
(٤) الشرح الصغير ٤/١٢٨ ومغني المحتاج ٢/٣٨٨.
(٥) الأنعام: ٨٤ ـ ٨٥.

فذكر تعالى: أن عيسى من ذرية نوح وإبراهيم[1]. وهو ابن حفيدتهما: مريم.

كما يدخل ولد البنت إن قال الواقف: وقف على أولادي وَأولادهم، بخلاف ما إذا قال: وقف على ولدي وولد ولدهم أو أولادي وأولاد أولادهم، فإن ذلك لا يتناول الحافد أي ولد البنت ذكراً كان أو أنثى على الراجح.

هذا ما ارتضاه ابن وهب عن مالك ورجحه ابن رشد في المقدمات، وقال أبو الحسن: لا فرق بين من قال: وقف على أولادي وأولادهم وبين من قال: وقف على أولادي وأولاد أولادي، فإن ولد البنت يدخل في كلتا الصيغتين. قال ابن غازي: وهو المشهور[2].

وكما أن الخلاف جار في هذه المسألة فإنه جار في التي قبلها، فمن قال: وقف على أولادي وأولادهم؛ فقيل يدخل أولاد البنات وهو الراجح وقيل: لا يدخلون[3]. وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله: «وفي على ولدي وولدهم قولان»[4].

ولا يدخل ولد البنت في الوقف إن قال الواقف: وقف على نسلي أو على عقبي لأن النسل والعقب لا يتناولان ولد البنت عرفاً. وكذلك إذا قال: وقف على بَنِيَّ وبني بَنِيَّ لأن لفظ الابن يخص الذكر، إلا إذا كان العرف يشملهم في بلد الواقف فيعمل بمقتضاه، لأن مبنى هذه الألفاظ هو العرف[5].

ولم يفرق الشافعي بين الوقف على الذرية وأولاد الأولاد والنسل

(١) تفسير القرطبي ٧/٣١.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٢٨ ـ ١٢٩.
(٣) التاج والإكليل ٦/٤٤.
(٤) مختصر خليل ص ٢٥٣.
(٥) الشرح الصغير ٤/١٢٩.

والعقب فإن أولاد البنات يدخلون في الوقف في ذلك كله إلا أن يقول: على من ينسب إلي منهم، فلا يدخلون[1].

ولأحمد روايتان في هذه الألفاظ: إحداهما ـ وصدر بها في المغني ـ أن أولاد البنات لا يدخلون، والأخرى أنهم يدخلون[2].

وإن قال: وقف على أقاربي أو أقارب فلان، فإن ذلك يتناول دخول أقاربه من جهتي أبيه وأمه، ذكوراً كانوا أو إناثاً على المشهور[3].

وقيل: لا يدخل الخال ولا الخالة ولا قرابته من جهة أمه، إلا إذا لم تكن له قرابة من جهة أبيه[4].

وإن قال: وقف على إخوتي أو إخوة فلان شمل ذلك الأنثى منهم مع الذكر، وإن قال: وقف على رجال إخوتي ونسائهم فإن ذلك يشمل الكبار والصغار من ذكورهم وإناثهم.

وإن قال: وقف على آلي وأهلي فإن ذلك لا يتناول إلا عصبته الذكور ومن لو رُجِّلَت عصبت، أي لو قدر أنها رجل عصبت كبنت وأختٍ شقيقة أو لأب أو عمة. .[5].

وإن قال: وقف على قومي أو قوم فلان فإن الرجال من العصبة يختصون به دون النساء ودون من لو رُجِّلت عصبت، قاله عق[6] وقال الباجي: «ولو حبس على قومه أو قوم فلان، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: ذلك على الرجال خاصة من العصبة دون النساء، واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿يأَيُّها الذِينَ

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٨٨.

(٢) المغني ٥/٦١٥ ـ ٦١٨.

(٣) الشرح الصغير ٤/١٣٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الشرح الصغير ٤/١٣٠.

(٦) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٧/٩١.

آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْراً مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِن نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْراً مِّنْهُنَّ﴾[1] ففرق بين القوم والنساء قال زهير:

وَمَا أَدْرِي وَسَوفَ إِخَالُ أَدْرِي ... أَقَوْمٌ آلُ حِصْنٍ أَمْ نِسَاءُ[2]

وعلى ذلك درج خليل فقال: «وقومه عصبته فقط»[3].

«وقال عبد الحق عن بعض شيوخه: ينبغي الرجوع في ذلك للعرف، إن كان عرف». نقله عق[4]. فالمدار في ذلك كله على العرف.

وقال أحمد: إن وقف على قومه أو قرابته أو آله، فإن ذلك يكون للذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه، واستدل بقوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ الآية[5].

فقربى الرسول وآله ﷺ هم بنو هاشم جد أبيه ولم يعط شيئاً من الخمس لأبناء من كان أبعد منه إلا بني المطلب، وعلل ذلك بأنهم وبني هاشم شيء واحد، لم يفترقوا في جاهلية ولا إسلام، ولم يعط بني زهرة وهم قرابة أمه[6].

وقال الشافعي: «إن وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب، ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخي الأب أو أبيه». قاله في المهذب، وعلل ذلك بأن وقف الشافعي لقرابته: «دخل فيه كل من ينسب

---

(١) الحجرات: ١١.

(٢) المنتقى ١٢٥/٦.

(٣) مختصر خليل ص ٢٥٣.

(٤) شرح الزرقاني على خليل ٩١/٧.

(٥) الحشر: ٧.

(٦) الشرح الكبير للمقدسي مع المغني ٢٢٨/٦ - ٢٣١.

إلى شافع بن السائب، لأنهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى علي وعباس بن السائب. ولا من ينسب إلى السائب، لأنهم لا يعرفون بقرابته، ويستوي فيه من قرب وبعد من قرابته والذكر والأنثى»[1] اهـ.

* * *

ومُلْكُ الذَّاتِ لِلْوَاقِفِ ـ إنْ لَم يَكُنْ مَسْجِداً ـ فَلَهُ ولِوَارِثِه التَّبْدِئَةُ بإصْلَاحِهِ. وَلِلنَّاظِرِ إِكْرَاؤُهُ كَالسَّنَةِ والسَّنَتَيْنِ إنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنٍ، وَكَالأَرْبَعَةِ فِي غَيْرِهِ، وَلَا يُفْسَخُ الكِرَاءُ إنْ وَقَعَ بأُجْرَةِ المِثْلِ وَإلَّا اتُّبِعَت الزِّيَادةُ وفُسِخَ.

* * *

يعني أن ملك ذات الموقوف ـ للواقف، لا الغلة فإنها للموقوف عليه. والغلة تشمل أجرة الموقوف والثمرة واللبن ونحو ذلك لا الولد فإنه تبع للذات، ويستثنى من الموقوف المساجد فلا ملك لأحد فيها[2]. لقوله تعالى: ﴿ وأنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أحداً ﴾[3].

وقال أحمد: ينتقل ملك الموقوف إلى الموقوف عليه في ظاهر المذهب، وروي عنه أن ملك الذات لا ينتقل للموقوف عليه، وإنما يملك الغلة فقط[4]. وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الوقف اللازم لأحد وإنما يكون حقاً لله تعالى[5].

---

(١) المهذب ١/٤٤٤.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٧/٩١.

(٣) الجن: ١٨.

(٤) المغني ٥/٦٠١ ـ ٦٠٢.

(٥) المرجع السابق ورحمة الأمة ص ٣٣٨.

وقال الشافعي: الأظهر أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى. فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه.

ومنافعُه ملك للموقوف عليه، بما في ذلك الولد على الأصح. قاله في المنهاج[1].

وبما أن ملك ذات الوقف ـ عندنا ـ للواقف فإنه مقدم في إصلاح ما فسد منه، وكذلك ورثته بعده، ولهم منع من يريد إصلاحه إن أرادوا هم إصلاحه. وإلا فليس لهم منعه بل الأولى أن يمكنوه من الإصلاح، لما في ذلك من التعاون على الخير[2].

وجاز لناظر الوقف أن يُكريه لمدة سنة وسنتين إن كان أرضاً وكان على معين كمحمد أو عمرو أو لاولاده، وإلا يكن على معين بأن كان على الفقراء أو طلبة العلم ـ فإن له أن يكريه أربعة أعوام. لا أكثر إن كانت أرضاً ولا أكثر من سنة إن كانت داراً. والمراد بالناظر في قول المصنف هنا: هو الموقوف عليه، وأما غيره فيجوز أن يكري أكثر من ذلك، لأن الإجارة لا تفسخ بموته بخلاف مستحق الوقف.

ويجوز كراء الوقف لمن مرجع الذات الموقوفة له وقفاً أو ملكاً ـ لمدة عشر سنين لخفة الأمر فيه. ومثال هذه المسألة أن يكون حبسها على زيد ثم ترجع بعده إلى عمرو ملكاً أو وقفاً. وجاز كراء الوقف لضرورة إصلاحه أربعين بل خمسين سنة، بأن يكون بالوقف خراب. وكان كراؤه المدة المذكورة يصلحه[3].

وقوله: «ولا يفسخ الكراء إن وقع بأجرة المثل..» إلخ يعني أن كراء الوقف إذا وقع بأجرة المثل وقت العقد فإنه لا يفسخ إن طرأت زيادة من

---

(١) مغني المحتاج ٣٨٩/٢ ـ ٣٩٠.
(٢) الشرح الصغير ١٣٢/٤ ـ ١٣٣.
(٣) المرجع السابق ١٣٣/٤ ـ ١٣٤.

آخر. أما إذا وقع الكراء بأقل من أجرة المثل فإنه يفسخ عند طُروٍّ زيادة على الأول ولو التزم المكتري الأول تلك الزيادة التي زيدت على كرائه. إلا إذا كانت الزيادة لم تبلغ إضافتها للكراء الأول أجرة المثل وزاد المكتري الأول أكثر منها ـ فإن الكراء لا يفسخ.

أما الزيادة على أجرة المثل فلا يلتفت إليها مهما بلغت والمعتبر في أجرة المثل إنما هو وقت العقد[1].

وهذا كله في غير المعتدة، أما المعتدة فإنها إذا كانت بمحل وقف وقعت إجارته بدون أجرة المثل ثم زاد أحد عليها حتى بلغ الكراء أجرة المثل، وطلبت هي البقاء بالزيادة نفسها فإنها تجاب لذلك. قاله عق: قال: «والظاهر أنها لو كانت الزيادة عليها تزيد على أجرة المثل وطلبت البقاء بأجرة المثل فقط تجاب لذلك»[2] اهـ.

تنبيه: إذا كان الوقف على معينين كزيد وأولاده، أو على مدرسين ونحوهم فإن الناظر لا يجوز أن يقسم عليهم من غلة الوقف إلا ما مضى زمنه، فلو أكرى مدة مستقبلة وعجل المكتري أجرتها لم يجز قسمها على الحاضرين إلا بعد مضي المدّة المذكورة، لاحتمال طرو مستحق في تلك المدة، حتى لا يعطى غير مستحق أو يحرم مستحق.

أما إذا كان الوقف على غير معينين كالفقراء فيجوز قسم غلته قبل مضي المدة المذكورة، للأمن من حرمان مستحق أو إعطاء غيره، إذ لا يلزم تعميمهم[3].

* * *

(١) الشرح الصغير ٤/١٣٤ ـ ١٣٥ وشرح الزرقاني على خليل ٧/٩١ ـ ٩٢.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير ٤/١٣٥.

وَفَضَّلَ النَّاظِرُ ذَوِي الحَاجَةِ وأَهْلَ العِيَالِ فِي غلَّةٍ أو سُكْنىً
إنْ لَمْ يُعَيِّنِ الوَاقِفُ، وإنْ بَنَى مُحَبَّسٌ عَلَيْهِ أو غَرَسَ، أوْ لَمْ يُبَيِّنْ
فَوَقْفٌ، وَإلاَّ فكَالْغَاصِبِ.

* * *

يعني أن على ناظر الوقف أن يفضل أهل الحاجة والعيال في غلة الوقف إن كان المقسوم غلة، وفي السكنى إن كان المقسوم سكنىً، وذلك باجتهاد الناظر، بما يقتضيه حال الجميع، فإن استووا في الفقر والغنى أوثر الأقرب فالأقرب ودُفع الفضل لمن يليه[1].

وهذا إذا كان الوقف على غير معينين كالفقراء وطلبة العلم، أو على قوم وأعقابهم، أما إذا كان على معينين كفلان وفلان وفلان فهم فيه بالسواء لا تفضيل لأحد منهم على الآخر بأي حال[2].

ومن سكن في وقف باستحقاق أو أوثر بالسكنى لحاجته ـ فإنه لا يجوز أن يُخْرَج ليحل غيره محله، ولو استغنى الأول وكان غيره محتاجاً في الحال، لأن العبرة بالاحتياج في الابتداء، وسواء كان الوقف معقباً أم لا.

إلا إذا اشترط المُحبِّس أن من سكن واستغنى يخرج ليحل محتاج محله فإنه يعمل بذلك، وإلا أن يسافر الساكن سفر انقطاع، فإنه يأخذه غيره، وكذلك السفر البعيد الذي يغلب على الظن عدم العودة منه، أما السفر العادي الذي يسافر صاحبه ليعود منه فإنه لا يسقط حقه[3]. وهذا هو معنى قول خليل: «ولم يخرج ساكن لغيره إلا بشرط أو سفر انقطاع أو بعيد»[4].

---

(١) مواهب الجليل ٦/٤٨.
(٢) التاج والإكليل ٦/ ٤٨.
(٣) الشرح الصغير ٤/١٣٦.
(٤) مختصر خليل ص ٢٥٣.

وقوله: «وإن بنى مُحبس عليه...» إلخ يعني أن من بنى أو غرس في الوقف ولم يبين قبل موته شيئاً عن بنائه أو غرسه ـ فإنه يكون وقفاً وأولى إذا بيَّن أنه وقف.

وإن بين أن بناءه أو غرسه ملك له فإن ذلك يكون لوارثه فيؤمر بنقضه أو بأخذ قيمته منقوضاً بعد إسقاط كلفة لم يباشرها بنفسه، وهذا إذا كان الوقف لا يحتاج لذلك البناء وإلا كان وقفاً، ويعطى له ما صرفه من غلة الوقف. مَثَله مثَل الغاصب.

وظاهر كلام المصنف ـ تبعاً للأصل ـ أنه لا فرق بين المحبَّس عليه والأجنبي في التفصيل الآنف الذكر. وفرق الصاوي بينهما في حالة عدم البيان، فإن كان الباني أو الغارس محبَّساً عليه كان ذلك وقفاً وإن كان أجنبياً كان له أو لوارثه، ينقضه أو يأخذ قيمته منقوضاً[1].

تتمة: يباع مالا ينتفع به من الحبس إذا كان غير عقار، كالحيوان والعروض، مثال ذلك: ثوب يَخلق وفرس يكلب ونحو ذلك، فيباع ويجعل ثمنه في منتفع به مثله أو بعضه إن لم يبلغ ثمنه شيئاً تاماً، فإن لم يمكن شراء كامل ولا بعض تصدق بالثمن[2].

وكذلك إذا تلف الحبس بجناية عليه فيصرف ما يؤخذ من الجاني في مثله أو بعضه، وإن كانت الجناية بهدم بناء للوقف أجبر الجاني على إعادته. كما يباع ما فضل عن النزو[3] من ذكور حيوان الحبس، وما كبر منه، ويجعل ثمنه في إناث لتحصيل اللبن والنتاج منها، ليدوم الوقف، أو يجعل في العلوفة[4].

---

(١) المرجع السابق مع حاشية الصاوي ٤/١٣٦ ـ ١٣٧.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٢٥ ـ ١٢٦.
(٣) نزا الذكر على الأنثى نزواً ونُزاء أي وثب عليها. المحيط.
(٤) التاج والإكليل ٦/٤١ والشرح الصغير ٤/١٣٦ ـ ١٣٨.

أما عقار الوقف فلا يباع ولو خَرِب على المشهور، فلا يباع نُقضٌ أي منقوض حبس ولو بغير خَرِب، فلا يباع بأي حالٍ، إلا لتوسيع مسجد وطريق ونحوهما فيجوز بيعه، بل يجبر المحبِّس عليه على بيعه تقديماً للمصلحة العامة. ويؤمر الناظر شرعاً بجعل ثمنه في عقار مثله: فيجب ذلك عليه[1].

قال سحنون: «لم يُجِز أصحابنا بيع الحبس بحال إلا داراً بجوار مسجد احتيج أن يضاف إليها ليتوسع بها فأجازوا بيع ذلك، ويشترى بثمنها دار تكون حبساً، وقد أُدخل في مسجد النبي ﷺ دور محبسة كانت تليه». نقله المواق[2].

---

(١) المرجعان السابقان.

(٢) التاج والإكليل ٦/٤٢.

بابٌ في الهبةِ والصَّدقةِ وأحكامِهما

الْهِبَةُ: تَمْلِيكُ مَنْ لَهُ التَّبرُّعُ بِلَا عِوَضٍ - ذَاتاً تُنْقَلُ شَرْعاً لأَهْلٍ، لا كأمِّ الْوَلَدِ وَلَا كَمصْحَفٍ لِكَافِرٍ، بِصِيغَةٍ أو مَا يدُلُّ. وَهِيَ لقَصْدِ ثَوابِ الآخِرَةِ صَدَقَةٌ.

* * *

الهبة: هي العطية الخالية من العوض. قاله في اللسان. أما تعريفها شرعاً فكما ذكر المصنف: «تمليك من له التبرع بلا عوض ذاتاً..» إلخ أي تمليك بلا عوض ممن يصح تبرعه وهو المكلف الحر الرشيد؛ تمليكه ذاتاً يصح نقلها من ملك إلى ملك لمن هو أهل لتملكها.

فاحترز بقوله: «تمليك من له التبرع» من تمليك من لا يصح تبرعه كعبد وصبي ومجنون وسفيه. وبقوله: «بلا عوض» من البيع وهبة الثواب، فهما تمليك بعوض، وبقوله: «ذاتاً» من تمليك منفعة فقط كالإجارة والعارية والوقف. وبقوله: «تُنقل شرعاً» من أم الولد والمكاتب، فلا يصح نقل ملكهما شرعاً وبالتالي لا تصح هبتهما. واحترز بقوله: «لأهل» من هبة ذات لمن لا يصح تمتلكه لها. كهبة مصحف أو عبد مسلم لكافر فلا تصح، لمنع تملكه لهما[1].

(١) الشرح الصغير ٤/١٤٠.

وقوله: «بصيغة» إلخ يعني أن الهبة لا بد لها من صيغة صريحة كوهبت أو ما يدل عليها من قول كأعطيتُ ونحلت، أو فعل كتحلية البنت ونحو ذلك من كل ما دل على الهبة بقرينة، لا بقول الأب لابنه: ابْنِ هذه العرصة داراً فبنى، أو ارْكبْ هذه الدابة، مع قوله: داره أو دابته، أي دار ابني ودابة ولدي، فليس ذلك بهبة، لأن العرف جار بإكرام الأولاد بهذا النوع وللولد إذا بنى قيمة بنائه منقوضاً، لأنه عارية وانتقضت بموت الأب. بخلاف صدور ذلك من أجنبي فيعتبر هبة، أما تحلية الزوج لزوجته فلا تعتبر هبة، وإنما هي إمتاع فقط. قاله عق(1).

وعليه فإن الهبة تمليك ذات بلا عوض لقصد المعطَى فقط أو لقصد الثناء مع ذلك، أما الصدقة فهي تمليك ذات بلا عوض لقصد ثواب الآخرة، ولو مع قصد المعطَى أيضاً(2).

فعلم مما تقدم أن الهبة كالصدقة لها أربعة أركان هي:

١ ـ واهب أو متصدق، ويشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع وهو الحر الرشيد.

٢ ـ موهوب، ويشترط فيه أن يكون ملكاً للواهب أو المتصدق.

٣ ـ وموهوب له ويشترط فيه أن يكون أهلاً لتملك الذات الموهوبة.

٤ ـ وصيغة صريحة، أو ما يدل عليها من قول أو فعل، وإن معاطاة(3)

والأصل في الهبة من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾(4) ولا شك أنها من عمل الخير. وقال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ﴾(5).

---

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٧/٩٦.

(2) الشرح الصغير ٤/١٤٠ ـ ١٤١.

(3) المرجع السابق.

(4) الحج: ٧٧.

(5) الزلزلة: ٧.

أما الأصل فيها من السنة ففي الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «يا نساء المسلمات لا تحقِرنَّ جارة لجارتها، ولو فِرسِن شاة»(١).

وترجم له البخاري فقال: «باب فضلها ـ يعني الهبة ـ والتحريض عليها». وترجم له مسلم بقوله: «باب الحث على الصدقة ولو بالقليل ولا تمتنع من القليل لاحتقاره»(٢).

والفِرسِن: بكسر الفاء والمهملة بينهما راء ساكنة وآخره نون. قاله في الفتح. قال: «وهو عُظَيم قليل اللحم، وهو للبعير موضع الحافر للفرس، وللشاة مجازاً». قال: «وأشير بذلك إلى المبالغة في إهداء الشيء اليسير وقبوله، لا إلى حقيقة الفِرسِن لأنه لم تجر العادة بإهدائه». ثم قال: «وفي الحديث الحض على التهادي ولو باليسير، لأن الكثير قد لا يتيسر كل وقت، وإذا تواصل اليسير صار كثيراً، وفيه استحباب المودة وإسقاط التكلفة»(٣) اهـ.

وروى البخاري في الأدب المفرد والبيهقي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «تهادَوا تحابُّوا». قاله في التلخيص، قال: «وإسناده حسن»(٤).

وروى مالك في الموطإ: «عن عطاء بن أبي مسلم عبد الله الخراساني قال: قال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهب الغل وتهادَوا تحابُّوا وتـذهب الشحناء»(٥).

قال ابن عبد البر: «هذا يتصل من وجوه شتى حسان كلها». قاله

---

(١) صحيح البخاري ٩٠٧/٢ وصحيح مسلم ٧١٤/٢.
(٢) المرجعان السابقان.
(٣) فتح الباري ١٤٥/٥ ـ ١٤٦.
(٤) تلخيص الحبير ٦٩/٣ ـ ٧٠.
(٥) الموطأ ٩٠٨/٢.

الزرقاني قال: «ولأحمد والترمذي عن أبي هريرة مرفوعاً: «تهادَوا فإن الهدية تذهب وَحَر الصدر (بواو فمهملة مفتوحتين فراءٍ) أي غله وغشه وحقده» ثم قال: «وقد أحسن القائل:

هـدايـا النَّـاسِ بَعضُهمُ لبعضٍ تُـوَلِّـد فـي قلوبِهـمُ الـوِصـالا
وتـزرع في الضميـر هـوىً ووِدّاً وتكسـوهُمْ إذا حضروا جمـالا»[1]

* * *

وَتَصِحُّ في المَجْهُولِ وَالآبِق، وَهِبَةُ الدَّيْنِ لمن هُو عليهِ إبْراءٌ.

* * *

يعني أن المجهول تصح هبته لغير ثواب، لأن الهبة يجوز فيها الغرر، فيجوز ويصح أن يقول: وهبتك ما بيدي وما في بيتي دون أن يراه، ووهبتك عبدي الآبق وجملي الضال وما في ضرع ناقتي أو بقرتي من اللبن أو ما ستلده، ونحو ذلك[2].

وقال الثلاثة: لا تصح هبة المجهول، قال في المغني: «ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور، لأنه مجهول معجوز عن تسليمه»[3].

ومثله في الهداية ومغني المحتاج[4].

---

(١) شرح الزرقاني على الموطأ ٤/٢٦٥.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٤١ ـ ١٤٢.
(٣) المغني ٥/٦٥٧.
(٤) الهداية ٣/٢٢٥ ومغني المحتاج ٢/٣٩٩.

ودليلنا ما رواه أنس رضي الله عنه. قال: «لما دعى نبي الله ﷺ موسى صاحبه إلى الأجل الذي كان بينهما قال له صاحبه: كل شـاة ولدت على غير لونها فلك ولدها، قال: فعمد فوضع حبالاً على الماء فلما رأت الحبال فزعت فحالت حولة فولدن كلهن بُرْقاً إلا شاة واحدة، فذهب بأولادهن ذلك العام». رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح. قاله في مجمع الزوائد. وترجم له بباب هبة ما لم يولد(١).

والبُرق: جمع برقاء وهي: الشاة التي في خلال صوفها الأبيض طاقات سود. قاله في النهاية(٢).

وتصح هبة الدين سواء كانت لمن هو عليه أو كانت لغيره، فإن كانت لمن هو عليه فذلك إبراء له من الدين الذي عليه. ولا بد فيه من القبول على الراجح، لأنه من قبيل الهبة، يتعين فيها القبول، وقيل: إنه إسقاط للحق لا يحتاج إلى القبول. وإن كان الدين موهوباً لغير من هو عليه فحكمه حكم رهن الدين. يتعين فيه الإشهاد ودفع الوثيقة للموهوب له(٣).

وقال الشافعي وأحمد: تصح هبة الدين لمن هو عليه وتكون إبراء له من الدين، ولا تحتاج إلى قبول.

أما هبة الدين لغير المدين نفسه فباطلة لعدم القدرة على تسليمه(٤).

* * *

وبَطَلَتْ بِمَانِعٍ قَبْلَ الْحَوْزِ أَوْ بِهِبَةٍ لِثَانٍ حَازَ قَبْلَ الْأَوَّلِ، أَوْ

---

(١) مجمع الزوائد ٤/١٥٠.
(٢) النهاية ١/١١٩.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/١٤٢.
(٤) مغني المحتاج ٢/٤٠٠ والمغني ٥/٦٥٨ ـ ٦٥٩.

بتَدْبيرٍ أَوِ اسْتِيلادٍ، لَا بِبيْعٍ قَبْلَ عِلْمِ المَوْهُوبِ لَهُ أو بَعْدَهُ ولَم يُفَرِّط وإلّا فَلَهُ الثَّمَنُ.

* * *

يعني أن الهبة تبطل بحصول مانع للواهب قبل حوزها من قبل الموهوب له، لما تقدم أنه: «لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة». والمانع المشار إليه هو موت الواهب أو فلسه أو مرضه أو جنونه المتصلان بموته[1].

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جادَّ عشرين وسقاً من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليَّ غِنىً بعدي منك ولا أعز علي فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جادَّ عشرين وسقا، فلو كنتِ جدَدتِيه واحتزتِيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله. قالت عائشة: فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة أُراها جارية»[2].

ومعنى قوله: «جاد عشرين وسقاً» أنه وهب لها ثمرة نخل تجد وتصرم منها عشرون وسقاً» قاله الباجي. قال «وقوله «فلو كنت جددتيه واحتزتيه لكان لك» يقتضي أن الحيازة والقبض شرط في تمام الهبة، وأنها لما لم تحز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة»[3] اهـ.

أما إذا لم يحصل مانع للواهب فإن الهبة خرجت من ملكه بالقول

(١) الشرح الصغير ٤/١٤٣.
(٢) الموطأ ٢/٧٥٢.
(٣) المنتقى ٦/٩٤.

ويجبر على تسليمها للموهوب له، يدل على ذلك عمل أهل المدينة وظاهر الكتاب والحديث الصحيح. ففي الموطإ قال مالك: «الأمر عندنا فيمن أعطى أحداً عطية لا يريد ثوابها، فأشهد عليها، فإنها ثابتة للذي أُعطِيها، إلا أن يموت المعطي قبل أن يقبضها الذي أُعطيها.

قال: وإن أراد المعطِي إمساكها بعد أن أشهد عليها فليس ذلك له، إذا قام عليه بها صاحبها أخذها»[1].

قال الباجي: «لأن الهبة تلزم بالقول، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن الصدقة والهبة عقد جائز، وإنما تلزم بالقبض، والدليل على ما نقوله: قوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقودِ ﴾[2] والدليل على ما نقوله من جهة السنة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[3] اهـ.

وحديث: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه». أخرجه البخاري من حديث عمر بن الخطاب مرفوعاً. وأخرجه مسلم عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «مثل الذي يرجع في صدقته كمثل الكلب يقيء ثم يعود في قيئه فيأكله». وأخرجا أيضاً عن ابن عباس مرفوعاً: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[4].

ويتفق أحمد مع أبي حنيفة والشافعي في هبة ما يكال أو يوزن، فلا تصح إلا بالقبض أما غير ذلك فيتفق فيه مع مالك في أن هبته تصح دون قبض إذا قُبل. قاله الخِرقي[5].

---

(١) الموطأ ٢/٧٥٣.
(٢) المائدة: ١.
(٣) المنتقى ٦/١٠٨.
(٤) صحيح البخاري ٢/٩٢٤ ـ ٩٢٥ وصحيح مسلم ٣/١٢٤٠ ـ ١٢٤١.
(٥) المغني ٥/٦٤٩ ـ ٦٥٣.

ومذهبنا أن موت المعطَى له لا يؤثر في مضي الهبة لأن ورثته يقومون مقامه في الحوز. قال مالك في الموطإ «من أعطي عطية لا يريد ثوابها، ثم مات المُعطَى فورثته بمنزلته، وإن مات المُعطِي قبل أن يقبض المعطَى عطيته فلا شيء له وذلك أنه أُعطي عطاء لم يقبضه»[١] اهـ. إلا إذا كان الـواهب خص بها الموهوب له بعينه، بأن قال: هي لفلان دون غيره ودون وارثه فإنها تبطل بموت الموهوب له[٢].

وقوله: «أو بهبة لثان حاز قبل الأول» يعني أن من وهب هبة لأحد ثم وهبها لثان وحازها قبل الأول ـ فإنها تكون للثاني، لأن الحوز قوى جانبه. ولا قيمة على الواهب للأول ولو جد في الطلب على المشهور.

كما تبطل الهبة بتدبير الرقيق الموهوب أو استيلاد الأمة الموهوبة من قبل الواهب، والمراد باستيلادها: حملها من سيدها الواهب لا مجرد الوطء. ولا قيمة للموهوب على الواهب في المسألتين[٣].

لا تبطل الهبة ببيع الواهب للهبة قبل علم الموهوب له بها أو بعد علمه بها ولم يفرط في حوزها، وحينئذ يخير الموهوب له بين رد البيع، وإجازته وأخذ الثمن، أما إذا باع الواهب الهبة بعد علم الموهوب له بها وتفريطه في حوزها ـ فإن البيع يمضي ويكون الثمن للموهوب له. قاله مطرف وهو الراجح.

ومقابله قول أشهب أن الثمن يكون للواهب[٤]. وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقـوله: «لا إن باع واهب قبل علم الموهوب، وإلا فالثمن للمعطى رويت بفتح الطاء وكسرها»[٥].

---

(١) الموطأ ٢/٧٥٣ ـ ٧٥٤.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٧٥.

(٣) الشرح الصغير ٤/١٤٤ ـ ١٤٥.

(٤) المرجع السابق وحاشية الصاوي عليه.

(٥) مختصر خليل ص ٢٥٤.

قال البناني ـ نقلاً عن التوضيح: «مقتضى القياس خلاف الروايتين، إذ الهبة تلزم بالقول، فكان القياس يقتضي أن يخير الموهوب له في إجازته للبيع أو رده، إلا أنهم راعوا قول من قال: إنها لا تلزم إلا بالقبض، وهو قول أهل العراق»[1] اهـ.

* * *

وَيُشْتَرَطُ فِي صِحَّتِهَا الْقَبُولُ قَبْلَ الْمَانِعِ ، فَدَعْوَى مودَع وُهِبَ لَهُ مَا بِيَدِهِ ـ الْقَبُولَ قَبْلَهُ لاَ تُقْبَلُ، بِخِلاَفِ مَنْ قَبَضَ لِيَتروَّى، وَحَوْزُ مُسْتَعِيرٍ وَمُودَعٍ كَافٍ لغَيْرِهِمَا وَلَوْ لَمْ يَعْلَمَا، لاَ غَاصِبٍ أَوْ مرتهن.

* * *

يعني أن الهبة يشترط في صحتها القبول من الموهوب له قبل حصول مانع للواهب. قال في الكافي: «وتجب بالقول من الواهب، والقبول مس الموهوب له، وتتم بالقبض»[2] اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد إلا أن الشافعي لا بد أن يكون القبول عنده بالقول على الراجح قال في المنهاج: «وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظاً». قال في مغني المحتاج: «ومن صَريح القبول: قبِلتُ ورضِيت، ويُستثنى من اعتبارهما مسائل منها الهبة الضمنية». قال: «ومنها ما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم؛ لا يشترط فيه القبول». قال: «ومنها ما لو اشترى

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/٩٨.
(٢) الكافي ٢/٩٩٩.

حلياً لولده الصغير وزينه به». ثم قال: «واختار في المجموع صحتها بالمعاطاة»(١) اهـ.

ومذهب الجمهور عدم اشتراط القول في القبول فتكفي عنه المعاطاة(٢) وهو قول للشافعية كما رأيت.

وإذا وهب لمودع ما بيده ولم يقبل حتى حصل مانع للواهب، فإن الهبة تبطل حتى ولو ادعى القبول قبل المانع ما لم يأت ببينة على ذلك، ومثل ذلك العارية توهب للمستعير، والدين يُوهب لمن هو عليه، فلا بد من قبول الموهوب لهما قبل حصول مانع للواهب(٣).

قال البناني: «تَحصيل القول فيمن وهب شيئاً لمن هو في يده أو ديناً عليه أنه إن علم وقبل في حياة الواهب صحت الهبة باتفاق، فإن علم ولم يقل: قبلت حتى مات الواهب بطلت عند ابن القاسم وصحت عند أشهب، وإن لم يعلم حتى مات الواقف بطلت اتفاقاً إلا على رواية شاذة أن الهبة لا تفتقر إلى قبول: قاله ابن رشد»(٤) اهـ.

بخلاف من قبض هبة من واهب ليتروى في أمره هل يقبلها أم لا، ثم بعد حصول المانع قبلها فإن الهبة تكون صحيحة، وأولى إن قبلها قبل المانع. كأن جد الموهوب له في قبض الهبة، والواهب يسوف به حتى مات، أو أنكر الواهب الهبة فجد الموهوب له في تزكية بينته ولم تتم التزكية إلا بعد موت الواهب، فتصح الهبة في المسألتين.

وبخلاف حوز المخدَم والمستعير والمودع فإنه كاف عن حوز الموهوب له، فمن وُهب له رقيق يخدم شخصاً آخر أو وهبت له ذات معارة لغيره، أو

(١) المغني ٦٥٣/٥ ومغني المحتاج ٣٩٧/٢ - ٣٩٨.
(٢) مغني المحتاج ٣٩٧/٢ - ٣٩٨.
(٣) الشرح الصغير ١٤٠/٤ والمغني ٦٥٤/٥.
(٤) حاشية البناني على الزرقاني ٩٨/٧.

مودعة عند غيره، فإن حوز كل من الثلاثة كاف عن الموهوب له، ولو لم يعلموا بالهبة. وذلك متفق عليه في المخدم والمستعير ولو لم يعلما.

أما المودع فقيد خليل صحة حوزه بأن يكون عالماً بالهبة، قال: «وحوز مخدم ومستعير مطلقاً، ومودع إن علم»[1]. وهذا قول ابن القاسم ورجحه اللخمي وغيره، ولكن رجح بعضهم صحة حوز الثلاثة ولو لم يعلموا. قاله الدردير. قال الصاوي: وهو المعتمد[2].

وقوله: «لا غاصب...» إلخ يعني أن من غصب شيئاً وهبه ربه لغير غاصبه، فلا يعتبر حوزه أي الغاصب حوزاً للموهوب له، لأنه غير وكيل عنه، إلا إذا كان الموهوب له غائباً، وأمره الواهب بالحوز له، ورضي الغاصب بذلك، فيصح حوزه، لأنه صار بمنزلة المودع[3].

وكذلك المرتهِن (بكسر الهاء) فلا يقبل حوزه لأجنبي وهب له الرهن الذي بيده لقدرته على الرد. فإذا مات الواهب قبل قبض الموهوب له رجع الرهن لورثته. ومثل ذلك المستأجِر (بكسر الجيم) فمن آجر داراً أو غيرها بأجر معلوم ثم وهبها لغير المستأجر لم يكن ذلك حوزاً لها إلا إذا وهب الأجرة معها فيكفي عندئذ حوز المستأجِر[4].

تنبيـــه: إذا رجعت الهبة للواهب قبل مضي سنة على حوزها من قبل الموهوب له، واستمرت عند الواهب حتى حصل له مانع، فإنها تبطل، سواء رجعت إليه بإيجار لها من الموهوب له، أو إعارة ونحو ذلك. أما إذا لم ترجع إلى الواهب إلا بعد سنة فإن الهبة لا تبطل كان لها غلة أم لا[5].

---

(١) مختصر خليل ص ٢٥٤.
(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ١٤٧/٤.
(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٠/٧.
(٤) الشرح الصغير ١٤٨/٤.
(٥) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٠/٧.

تتمـــة: يصح حوز واهب ما وهبه لمحجوره من صغير أو سفيه أو مجنون سواء كان أباً أو غيره ـ بشرط أن يُشهد على الهبة وإلا فتبطل، ولا يشترط صرف غلة الموهوب للمحجور على المعتمد.

إلا إذا وهب لمحجوره ما لا يُعرف كدراهم ونحوها من أنواع المثلي فلا تصح حيازته له في ذلك إذ لا بد من إخراجه عن حوزه قبل المانع وإلا بطلت الهبة[1].

وإلا دار سكناه فإنه إذا وهبها لمحجوره ـ لا بد من إخلائها من شواغله ومعاينة البينة لذلك ولو بقيت بعد ذلك تحت يده فيكون ذلك حوزاً لها ما لم يستمر في سكناها.

فإن استمر الواهب في سكناها حتى حصل له مانع بطلت الهبة، وكذلك إن سكن الأكثر منها وأكرى الأقل فتبطل الهبة في الجميع. وإن سكن الأقل وأكرى الأكثر صحت هبة الجميع، وإن سكن النصف بطـل النصـف الذي سكن فقط وصح ما لم يسكن[2].

والأصل في حوز الواهب ما وهبه لمحجوره ما رواه مالك والبيهقي عن سعيد بن المسيب: «أن عثمان بن عفان قال: من نحل ولداً لـه صغيراً لم يبلغ أن يحوز نُحْله فأعلن ذلك له وأشهد عليها ـ فهي جائزة له، وإن وَليها أبوه»[3].

وبه قال الثلاثة في هبة الأب لولده. وحكى ابن المنذر الإجماع عليه قاله في المغني[4].

* * *

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/١٤٩ ـ ١٥٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الموطأ ٢/٧٧١ والسنن الكبرى ٦/١٧٠.
(٤) المغني ٥/٦٦١ ـ ٦٦٢.

وَلِلأب اعْتصَارُ مَوْهُوبِهِ لِوَلَدِهِ مُطْلَقاً، كأُمٍّ وَهَبَتْ ذَا أَبٍ مَالَمْ يَتَيَتَّم، ولاَ اعْـتَصَار إنْ فَاتَتْ وَلَوْ بِتَغير ذَاتٍ أوْ حَصَل نِكَاحٌ أوْ مُدَايَنَةٌ لَهَا أوْ مَرَضٌ مَخُوفٌ لأحَدِهِمَا، إلاّ أنَ يَهَبَ عَلَى هَذِهِ الأحْوَالِ.

* * *

يعني أنه يجوز للأب ـ لا الجد ـ أن يعتصر أي يأخذ جبراً ما وهبه لولده الحر مطلقاً. ذكراً كان أو أنثى صغيراً كان أو كبيراً، سفيهاً أو رشيداً غنياً أو فقيراً، كان ذلك في حياة أمه أو بعد موتها، وكيفية الاعتصار أن يقول: رجعت فيما وهبت لك أو أخذته أو اعتصرته ونحو ذلك، ولا يشترط لفظ الاعتصار لعدم معرفة العامة له(١).

كما أن للأم ـ لا الجدة ـ أن تعتصر ما وهبت لولدها في حياة أبيه ما لم يكن يتيماً. وظاهر كلام المصنف ـ تبعاً للأصل أنه لا فرق بين تيتّم الولد قبل الهبة وبعدها(٢). غير أن اختيار اللخمي أن عدم الاعتصار خاص بتيتم الولد قبل الهبة، أما تيتمه بعدها فلا يمنعها من أن تعتصر منه. وهو ما درج عليه خليل وأقره البناني والرهوني، قائلين أنه ظاهر كلام المدونة(٣).

والأصل في اعتصار الوالد ما وهب لولده حديث ابن عمر وابن عباس قالا: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يُعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطيّة ثم يرجع فيها كمثل الكلب

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشيته ١١٠/٤.
(٢) الشرح الصغير ١٥٢/٤.
(٣) حاشية البناني على الزرقاني ٠٥/٧ وحاشية الرهوني ٢٣١/٧.

أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه»: أخرجه أحمد واللفظ له وأصحاب السنن والبيهقي، وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم[١].

وبه قال الشافعي وأحمد في أصح روايتيه. إلا أن الشافعي جعل الاعتصار يتناول أيضاً جدود الولد من جهتي الأب والأم. أما أبو حنيفة فلا يصح عنده اعتصار أي من الأبوين ولا غيرهما، من كل ذي رحم محرم، وإنما يصح عنده اعتصار ما وهب لأي أجنبي باستثناء الزوجين[٢].

واحتج بأثر: «من وهب هبة لذي رحم، فليس له أن يرجع فيها، ومن وهب هبة لغير ذي رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب». أخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن منصور عن إبراهيم. وأخرجه ابن حزم في المحلى من طريق سعيد بن منصور عن هشيم عن مغيرة عن إبراهيم[٣].

وقوله: «ولاَ اعْتصار إن فاتت...» إلخ يعني أن الهبة إذا فاتت بيد الولد بأحد المفوتات التي تقدمت في كتاب البيع غير حوالة الأسواق» بل بتغير ذات الموهوب بكبر أو صغر أو سمن أو هزال، وأولى ببيع أو عتق ونحو ذلك ـ إذا فاتت بما ذكر فليس للوالدين اعتصارها.

كما أنهما ليس لهما اعتصار الهبة إذا تزوج الولد الموهوب له ذكراً كان أو أنثى أو استدان من أجلها، لأن الهبة رغبت في زواجه ومداينته، كما أن المرض المخوف للواهب أو الموهوب له يمنع الاعتصار. إلا أن يهب الوالد ولده على هذه الأحوال المذكورة، بأن يهبه والولد متزوج أو مدين أو مريض أو الواهب مريض ـ فإن له الاعتصار لانتفاء العلة كما أن له الاعتصار إذا زال المرض الذي كان متلبساً به أحدهما[٤].

---

(١) الفتح الرباني وشرحه: بلوغ الأماني ١٥/١٧٣ والسنن الكبرى ٦/١٨٠.
(٢) الإقناع على أبي شجاع ٢/٣٣ والمغني ٥/٦٦٨ ـ ٦٧٠ واللباب ٢/١٧٥.
(٣) المصنف ٩/١٠٦ ـ ١٠٧ والمحلى ٩/١٣٠.
(٤) الشرح الصغير ٤/١٥٣ ـ ١٥٤.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة ففي الموطإ قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نُحلاً أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ـ أن له أن يعتصر ذلك، ما لم يستحدث الولد ديناً يداينه الناس به، ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه، فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته، فتنكح المرأة الرجل، وإنما تنكحه لغناه، وللمال الذي أعطاه أبوه، فيريد أن يعتصر ذلك الأب، أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النّحل، إنما يتزوجها ويرفع في صداقها لِغناها ومالها، وما أعطاها أبوها، ثم يقول الأب: أنا أعتصر ذلك، فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك، إذا كان على ما وصفت لك»(١) اهـ.

أما الصدقة فلا رجوع فيها مطلقاً لظاهر الحديث المتقدم: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه». ولعمل أهل المدينة، قال مالك في الموطإ: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن، أو كان في حجر أبيه فأشهد على صدقته، فليس له أن يعتصر شيئاً من ذلك، لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة(٢).

وبه قال أبو حنيفة وأحمد وغيرهما، قال في الكتاب واللباب: «ولا يصح الرجوع في الصدقة بعد القبض، لأن المقصود هو الثواب، وقد حصل»(٣) اهـ.

وقال في المغني «ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته، في قولهم جميعاً»(٤).

---

(١) الموطأ ٢/٧٥٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) اللباب ٢/١٧٨.
(٤) المغني ٥/٦٨٤.

وتجوز وتصح هبة الوالد بعض ماله لبعض ولده دون بعض، لأثر عائشة المتقدم عن الموطإ: أن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة . . .» إلخ.

أما كراهة إيثار بعضهم بماله كله أو جله، فالأصل فيه ما أخرجه مالك والشيخان عن النعمان بن بشير أن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: «أكل ولدك نحلت مثل هذا؟» فقال: لا. قال رسول الله ﷺ «فارتجعه» وفي رواية لهما عنه أن رسول الله ﷺ قال: «فاتقوا الله واعدلوا في أولادكم»[(1)].

وقال أحمد: إذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده، أو بإعطاء غيره مثله، فيسوى بينهم حسب الميراث، إلا إذا كان هناك ما يستدعي تفضيل بعضهم، كزمانته، أو كثرة عياله، أو اشتغاله بالعلم. قاله في المغني[(2)].

وقال الشافعي: يسن للوالد العدل في عطية أولاده، بأن يسوي بين الذكر والأنثى، وقيل: كقسمة الإرث. قاله في المنهاج[(3)].

وعزا ابن قدامة لأبي حنيفة ندب التسوية، بين الأولاد في العطية، وأنه لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى كما تقدم عن مشهور مذهب الشافعي[(4)].

* * *

وَكُرِهَ تَمَلُّكُ صَدَقَةٍ بِغَيْرِ إِرْثٍ وَانْتِفَاعٌ بِهَا وَأَكْلٌ مِنْهَا.

* * *

(1) الموطأ ٢/٧٥١ - ٧٥٢ وصحيح البخاري ٢/٩١٣ - ٩١٤ وصحيح مسلم ٣/١٢٤٢ - ١٢٤٣.
(2) المغني ٥/٦٦٤ - ٦٦٥.
(3) مغني المحتاج ٢/٤٠١.
(4) المغني ٥/٦٦٤ - ٦٦٦.

يعني أن المتصدق يكره له تملك صدقته بشراء ونحوه على المشهور. وقيل: يحرم ذلك، إلا إذا عادت إليه بإرث فلا كراهة ولا حرمة في تملكها، وكما يكره تملكها بغير إرث فإنه يكره الانتفاع من غلتها بأكل أو شرب. وقيل: يجوز ذلك. أما الهبة فلا كراهة في تملكها[1].

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك والشيخان عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: سمعت عمر بن الخطاب وهو يقول: حملت على فرس عتيق في سبيل الله، وكان الرجل الذي هو عنده قد أضاعه، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائعه برُخص فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: «لا تشتره، وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[2].

ومعنى: «حملت على فرس» أي حملت رجلاً على فرس فتصدقت به عليه، ووهبته له ليقاتل عليه. قاله الزرقاني[3].

قال المازري: «حمل مالك هذا النهي على الكراهة لأنه قال: لا ينبغي أن يشتري الرجل صدقته، وقال: يكره مرة وقال الداودي: «هو حرام، وحكى ابن المواز أن من العلماء من أجازه». وقال عياض: «وهذا الذي تقدم إنما هو في شراء الرقاب المتصدق بها، واختلف في شراء المنافع هل هي كالرقاب؟ فقال ابن المواز: لا بأس بمن تصدق بغلته سنين ولم يبتل الأصل أن يشتري الغلة، وأباه عبدالملك». نقله الأبي عن المازري وعياض[4].

وفي الموطإ قال يحيى: «سئل مالك عن رجل تصدق بصدقة فوجدها مع غير الذي تصدق بها عليه تباع أيشتريها؟ فقال: تركها أحب إلي»[5].

---

(١) الشرح الصغير وحاشيته ٤/٢٥٤.
(٢) الموطأ ١/٢٨٢ وصحيح البخاري ٢/٥٤٢ وصحيح مسلم ٣/١٢٣٩.
(٣) شرح الزرقاني على الموطأ ٢/١٤٤.
(٤) إكمال الإكمال ٤/٣٢٥ - ٣٢٦.
(٥) الموطأ ١/٢٨٢.

ويلاحظ أن ابن أبي زيد فرق بين تملك ذات الموهوب وغلته. قال في الرسالة: «ولا يرجع في صدقته ولا ترجع إليه إلا بالميراث، ولا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به، ولا يشتري ما تصدق به»[1] اهـ.

أما جواز تملك الصدقة دون كراهة إذا عادت لصاحبها بميراث فالأصل فيه ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن بريدة عن أبيه قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: تصدقت على أمي بجارية فماتت أمي؟ فقال: «لك أجرك وردها عليك الميراث»[2] ورواه البزار عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً، وفي روايته: «ولم تدع وارثاً غيري» قال الهيثمي: وإسناده حسن[3].

* * *

وَجَازَتْ لِلثَّوَابِ، وصُدِّقَ الْوَاهِبُ فِي قَصْدِهِ إِنْ لَمْ يُخَالِفِ الْعُرْفَ، وَأُثِيبَ ما يُقْضَى عَنْها. ويَلْزَمُ الْوَاهِبَ القَبُولُ إِذَا دُفِعَتْ لَهُ الْقِيمَةُ مِمَّا جَرتْ بِهِ العَادَةُ، فَإِنْ فَاتَتْ تَعَيَّنَتْ.

* * *

يعني أن هبة الثواب جائزة، وهي أن يهب مالاً لقصد العوض، ويجوز للواهب شرط الثواب، سواء عينه أم لا، فإن عينه لزم الموهوب له ما عين، إن قبله وقت الهبة، كأن يقول له: عوض لي عن هذا الثوب مائة درهم ونحو ذلك، أما إن لم يعين العوض فإن الموهوب له مخير، بين رد الهبة بذاتها أو عوضها، وأما الواهب فلا خيار له.

---

(١) كفاية الطالب على الرسالة ٢/٢٣٧.
(٢) المصنف ٩/١٢٠ ـ ١٢١.
(٣) مجمع الزوائد ٤/١٦٦.

ويصدق الواهب ـ بيمين في قصده للثواب في هبته بعد قبضها من قبل الموهوب له. ما لم يخالف العرف دعواه، وإلا عمل بما جرى به العرف، فإن كان مثله لا يطلب العوض من مثل الموهوب له فإنه لا يصدق في دعواه، وهل محل تصديق الواهب بيمين إذا أشكل الأمر؛ بأن لم يشهد العرف له ولا عليه فإن لم يشكل الأمر بأن شهد العرف له صدق بلا يمين؟ أو يحلف مطلقاً؟ والأول أظهر(١).

ومما يشهد العرف بعدم الإثابة فيه: هبة النقود المسكوكة، ومثلها (هبة العملات) فلا يصدق الواهب في قصد الثواب فيها، إلا إذا جرى عرف بالإثابة عليها. وكذلك هبة أحد الزوجين للآخر، وهبة الوالدين ونحوهما من الأقارب الذين بينهم صلات الرحم، وهبة الغني للفقير، فلا يصدق هؤلاء في قصد الثواب لتكذيب العرف لهم(٢).

وقوله: «وأثيب ما يقضى عنها...» إلخ يعني أن الواهب للثواب يكافأ على هبته بما يصح أن يكون ثمناً لها لو كانت بيعاً، بحيث يكون سالماً من الربا والغش فلا يقضي عن الطعام طعام، ولا عن اللحم حيوان من جنسه. حسبما تقدم في كتاب البيع.

ويلزم الواهب قبول ما دفع إليه الموهوب له، مما يصح أن تقضي به شرعاً. إذا كان فيه وفاء بالقيمة، إلا أن يُثيبه بما لا تجري العادة بالإثابة به، كحطب وطين، فلا يلزمه قبوله، وللموهب له رد الهبة بذاتها إن لم تفت(٣). فإن فاتت عنده بزيد أو نقص كعمى وعور ونحوهما، أو خروج من يد بموت أو بيع ونحو ذلك ـ تعين على الموهوب له دفع قيمة الهبة يوم قبْضها، لعمل أهل المدينة قال مَالك في الموطإ: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة إذا

---

(١) الكافي ٢/١٠٠٦ ـ ١٠٠٧ والشرح الصغير ٤/١٥٦ ـ ١٥٧.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) الشرح الصغير ٤/١٥٨ ـ ١٥٩.

تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فإن على الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قَبَضَها»[1] اهـ.

والأصل في هبة الثواب ما أخرجه البخاري عن عائشة قالت: «كان النبي ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها»[2]. وترجم البخاري لهذا الحديث بباب المكافأة في الهبة[3].

* * *

وتَجُوزُ العُمْرى، وَهِيَ تَمْلِيكُ مَنْفَعَةِ مَمْلُوكٍ حَيَاةَ المُعْطَى كأَعْمَرْتُكَ حَائِطِي أو دَارِي، ورَجَعَتْ لِلْمُعَمِّرِ أَوْ وَارِثِه بِمَوْتِ المعَمَّر وَهِيَ في الحَوْزِ كَالهِبَةِ.

* * *

يعني أن العمرى جائزة، أي ماضية، وحكمها الندب، لأنها من فعل الخير والمعروف[4]. وعبر المصنف بالجواز اقتفاء لما في صحيح البخاري عن أبي هريرة وصحيح مسلم عن جابر ـ أن رسول الله ﷺ قال: «العمرى جائزة»[5].

وهي، أي العمرى ـ تمليك منفعة ذات مملوكة بلا عوض مدة حياة المعمَّر بصيغة تدل على هبة المنفعة، كأعمرتك وأسكنتك هذه الدار أو وهبتك سكناها مدة حياتك، أو أعمرتك هذا الحائط، أو هو لك عمرى[6].

(١) الموطأ ٢/٧٥٤.
(٢) صحيح البخاري ٢/٩١٣.
(٣) المرجع السابق.
(٤) إكمال الإكمال ٤/٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(٥) صحيح مسلم ٣/١٢٤٨ وصحيح البخاري ٢/٩٢٥.
(٦) إكمال الإكمال ٤/٣٣٥.

ورجعت للمعمِّر (بالكسر) أو وارثه بعد موت المعمَّر (بالفتح)، وفي حال رجوعها لورثة المعمِّر فإن المعتبر هو الوارث يوم موته، لا يوم رجوع العمرى. فلو مات عن أخوين، أحدهما مسلم والآخر كافر، ثم أسلم الكافر قبل موتِ المعمَّر (بالفتح) رجعت للأخ الذي مات عنه المعمِّر مسلماً، لأنه الوارث له يوم موته[1].

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أُعطوا. قال يحيى: سمعت مالكاً يقول: وعلى ذلك الأمر عندنا؛ أن العمرى ترجع إلى الذي أعمرها، إذا لم يقل: هي لك ولعقبك»[2] اهـ.

قال ابن عبد البر: «وكذلك إذا قال: هي لك ولعقبك، ترجع إلى صاحبها أيضاً بعد انقراض عقب المعمَّر، لأنه على شرطه في عقب المعمَّر كما هو على شرطه في المعمَّر، ورقبتها عند مالك وأصحابه على ملك صاحبها أبداً»[3] اهـ.

وقال الثلاثة: إن العمرى كالهبة يملكها المعمَّر في حياته، ويملكها ورثته بعد وفاته، فلا ترجع للمعمِّر ولا لورثته أبداً[4].

واستدلوا بما أخرجه مالك ومسلم من طريق ابن شهاب عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أُعْمِر عُمرى له ولعقبه، فإنها للذي يُعطاها؛ لا ترجع إلى الذي أعطاها أبداً. لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[5].

---

(١) الشرح الصغير ٤/١٦٢.

(٢) الموطأ ٢/٧٥٦.

(٣) التمهيد ٧/١١٤.

(٤) بدائع الصنائع ٦/١١٦ ومغني المحتاج ٢/٣٩٨ - ٣٩٩ والمغني ٥/٦٨٦.

(٥) الموطأ ٢/٧٥٦ وصحيح مسلم ٣/١٢٤٥.

وقد عدل إمامنا مالك عن هذا الحديث بعمل أهل المدينة المتقدم، قال الأبي نقلاً عن القرطبي: «قال مالك: رأيت عبد الله بن محمد بن عمرو بن حزم يعتب أخاه محمداً ومحمد يومئذ قاض؛ مالك لا تقضي في العمرى بحديث ابن شهاب؟ فقال: يا أخي: لم أجد العمل عليه، فقد أباه الناس، قال مالك: فليس العمل عليه، ووددت لو محي»(١) اهـ.

ومثله في التمهيد لابن عبد البر وعزا القصة لمالك عن طريق ابن القاسم(٢).

وقوله: «وهي في الحوز كالهبة». يعني أن العمرى مثل الهبة في تحتم الحوز فلا تتم إلا بالحيازة فإن حازها المعمَّر قبل حدوث مانع للمعمِّر تمت له منفعتها مدة حياته، وإن لم يحزها قبل حدوث المانع بطلت كالهبة والوقف(٣).

تتمـة: لا تجوز الرقبى ولا تصح في مُلْك ولا حُبس. وهي أن يكون لرجلين مثلاً داران فيقول كل منهما للآخر إن مت قبلي فداري لك مضمومة لدارك.

قال عق: «وإنما منع ذلك لخروجهما عن وجه المعروف إلى المخاطرة، فإن نزل ذلك واطلع عليه قبل الموت فسخ، وإن لم يطلع عليه إلا بعده رجعت له أو لوارثه ملكاً، ولا ترجع مراجع الأحباس، لأنه عقد باطل»(٤) اهـ. ومعنى الرُّقبى أن كلاً من صاحبيها يرقب موت صاحبه.

وبه قال أبو حنيفة، قال في البداية: «والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: جائزة»(٥). والأصل في بطلانها وعدم

---

(١) إكمال الإكمال ٤/٣٣٤ ـ ٣٣٥.

(٢) التمهيد ٧/١١٥.

(٣) الشرح الصغير ٤/١٦٢.

(٤) شرح الزرقاني على خليل ٧/١٠٤.

(٥) الهداية ٣/٢٣٠.

جوازها ما روى أن رسول الله ﷺ: «أجاز العمرى ورد الرقبى» قاله في الهداية: قال الزيلعي غريب[1].

وقال الحافظ قاسم بن قُطْلُوبُغا: «رواه محمد بن الحسن بهذا اللفظ في الإملاء» قاله في منية الألمعي فيما فات من تخريج أحاديث الهداية للزيلعي[2].

وقال الشافعي وأحمد: إن الرقبى جائزة لا فرق بينها وبين العمرى في أنها كالهبة[3]. وتقدم أن أبا يوسف أجازها.

واستدلوا بحديث: «العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها». أخرجه أبو داود عن جابر مرفوعاً. قال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه، وقال الترمذي: حسن، وذكر أن بعضهم رواه موقوفاً»[4].

---

(١) نصب الراية ٤/١٢٨.
(٢) منية الألمعي ص ٥٢ ذيل نصب الراية ج ٤.
(٣) مغني المحتاج ٢/٣٩٩ والمبدع ٥/٣٦٨ - ٣٦٩.
(٤) مختصر سنن أبي داود ٥/١٩٦.

باب اللُّقطةِ

اللُّقْطَةُ مالٌ مُحْتَرَمٌ شَرْعاً عَرَضَ لِضَيَاعٍ وَإنْ كَلْباً، فَيَجِبُ عَلَى مَنْ لاَ يَعْلَمُ مِنْ نَفْسِه الخِيَانَةَ أَخْذُهَا إنْ خِيفَ عَلَيْهَا، ويُكْرَه إنْ لَمْ يُخَفْ. وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا سَنَةً إنْ كَانَ لَهَا بَالٌ بِمَظَانِّ طَلَبِها، وأيَّاماً في كَدِينَارٍ، والدَّفْعُ لِمنْ عَرَفَ وِكاءَهَا وَظَرْفَهَا.

* * *

اللقطة: بضم اللام وبفتح القاف وسكونها: اسم لما تجده ملقى فتأخذه. قاله في اللسان. أما تعريفها شرعاً فكما ذكر المصنف: «مال محترم شرعاً عرض لضياع. .» ومعنى «مال محترم شرعاً» أنه مملوك لمسلم أو ذمي أو معاهد، لا مال حربي فليس لقطة وإنما هو لمن وجده» لأنه ليس محترماً، وكذلك ما ليس بمملوك كركاز، وهو دفن الجاهلية، لأنه ليس لأحد، فمن وجده في فلاة فهو له.

ومعنى: «عرض لضياع» أنه بمضيعة فخيف عليه الضياع. فخرج ما كان في حرز وحيوان في مراحه ونحو ذلك فإن من أخذه يعتبر سارقاً كذلك المال الذي معه صاحبه والزرع والثمر في المزارع والبساتين ونحو ذلك. كل ذلك يحرم التقاطه، وخرجت أيضاً ضالة الإبل فلا يجوز التقاطها، لأنها لم

تعرض لضياع سواء وجدت بصحراء أو بالعمران، وقيل: إن خيف عليها من خائن أخذت وعرفت أو بيعت ووقف ثمنها لصاحبها[1].

ذلك المال المحترم الذي عرض للضياع ولو كلباً مأذوناً في اتخاذه - يجب على من وجده - ولم يعلم من نفسه الخيانة - أن يأخذه إن خاف عليه من خائن ينهبه وإن لم يخف عليه كره أخذه ولو مع أمانة نفسه. فإن علم من نفسه الخيانة حرم عليه أخذه ولو مع خوف خائن عليه[2].

وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، إلا أنه يجب عنده الإشهاد عليها، فإن لم يشهد وكذبه المالك ضمن، أما الشافعي فلا يجب الإشهاد عنده على الأظهر. كما أن الالتقاط عنده مستحب لواثق بأمانة نفسه، وقيل يجب[3].

أما أحمد فالأفضل عنده ترك الالتقاط، واختار أحد علماء مذهبه أخذها، إن وجدت بمضيعة، وأمن نفسه عليها[4].

وقوله: «ويجب تعريفها سنة. . .» إلخ يعني أن من أخذ لقطة - لها بال - يجب عليه تعريفها سنة كاملة من يوم الالتقاط، وذلك بمظان طلبها؛ على أبواب المساجد وفي سوق البلد الذي وجدت فيه، فيعرفها بنفسه أو بمن يثق بأمانته في كل يومين أو ثلاثة. وكيفية التعريف أن يقول: من ضاع له شيء ونحو ذلك، ويواصل تعريفها في البداية، ثم بعد ذلك يكون في فترات متقطعة[5].

ويجب أن لا يذكر اسم اللقطة، من ذهب أو فضة أو ثياب ونحو ذلك، على المختار عند اللخمي، لأن ذكر جنسها الخاص قد يؤدي إلى معرفة ما

---

(1) الشرح الصغير ٤/١٦٥ - ١٧٦.
(2) المرجع السابق ٤/١٦٩ - ١٧٠.
(3) اللباب ٢/٢٠٧ - ٢٠٨ ومغني المحتاج ٢/٤٠٦ - ٤٠٧.
(4) المغني ٥/٦٩٤.
(5) الشرح الصغير ٤/١٧٠ - ١٧١.

توصف به على سبيل العادة، وقيل: إن ذكر الجنس لا يمنع، وإنما يكره. قاله عق[1].

وقوله: «وأياماً في كدينار» يعني أن نحو الدينار والدلو فأقل يعرف أياماً لأنه لا تلتفت إليه النفوس كل الالتفات هذا هو الذي عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم[2].

وقيل إنه يعرف سنة، وهو ما ذهب إليه خليل في مختصره قال: «وتعريفه سنة ولو كدلو»[3].

أما التافه وهو ما دون الدرهم الشرعي أو ما لا تلتفت إليه النفوس كالتمرة فلا يعرف كما سيأتي إن شاء الله.

ويجب دفع اللقطة لمن عرف وكاءها وعفاصها، فالعِفاص: هو الظرف الذي تجعل فيه من خرقة ونحوها، والوكاء هو ما تربط به من خيط ونحوه ولا يشترط في دفعها البينة، قال الباجي: «لأن الأغلب من حالها أنه لا يأتي بصفتها إلا صاحبها، ومن جهة المعنى: أنه لا يقدر أحد أن يشهد على كل ما معه من ماله وما يخرج به من نفقة»[4]. وما لا عفاص له ولا وكاء فيكتفى فيه بذكر الأوصاف المفيدة لغلبة الظن بصدق الآتي بها[5].

وقال أبو حنيفة: إن كانت اللقطة أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فأكثر عرفها سنة، فإن أعطى صاحبها علامتها حل للملتقط دفعها له، ولا يلزمه دفعها له إلا ببينة[6].

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١١٣/٧.
(٢) الشرح الصغير ١٧٠/٤ وحاشية البناني على الزرقاني ١١٣/٧.
(٣) مختصر خليل ص ٢٥٦.
(٤) المنتقى ١٣٦/٦.
(٥) الشرح الكبير للدردير ١١٨/٤.
(٦) اللباب ٢٠٨/٢ ـ ٢١١.

وللشافعي قولان في التعريف، والمشهور وجوبه عنده لمن ينوي الملك بعده. قال: ويعرف جنسها وصفتها وقدرها وعفاصها ووكاءها إن أخذها للتملك بعد التعريف، وإن أخذها للحفظ ذكر بعض أوصافها، كذكر جنسها أو عفاصها أو وكائها، ولا يستوفي أوصافها لئلا يعتمدها كاذب، فإن وصفها مَن يُظَن صِدقه جاز دفعها له، ولكن الدفع لم يجب على الملتقط إلا ببينة[1].

أما أحمد فيتفق مع مالك في وجوب تعريف اللقطة سنة كاملة، وقال إن المعرف لا يذكر إلا جنسها فقط، ويعرف القليل والكثير إلا التافه الذي لا تتبعه النفس كالتمرة والكسرة والخرقة. قال: فإن جاء ربها فوصفها دفعت إليه وجوباً، ولا يكلف ببينة [2] كما تقدم عن مالك.

والأصل في اللقطة ما أخرجه مالك واللفظ له والشيخان عن زيد بن خالد الجهني؛ أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها. ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها، قال: فضالة الغنم يا رسول الله؟ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب». قال: فضالة الإبل؟ قال: «ما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر، حتى يلقاها ربها». وفي رواية لمسلم: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه»[3].

أما الأصل في تعريف نحو الدينار أياماً فقط فحديث: «من التقط لقطة يسيرة: حبلاً أو درهماً أو شبه ذلك، فليعرفها ثلاثة» رواه أحمد واللفظ له والطبراني والبيهقي عن يعلى بن مرة مرفوعاً[4].

---

(١) مغني المحتاج ٢/٤١١ - ٤١٦.

(٢) المغني ٥/٦٩٤ - ٧٠٩.

(٣) الموطأ ٢/٧٥٧ وصحيح البخاري ٢/٨٥٥ صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/٢٠ - ٢٥.

(٤) تلخيص الحبير ٣/٧٤.

وفي حديث زيد بن خالد دليل على ما تقدم عن مالك وأحمد من وجوب دفع اللقطة لمن عرف وكاءها وعفاصها دون بينة. قال النووي: «في هذا دلالة لمالك وغيره ممن يقول: إذا جاء من وصف اللقطة بصفاتها وجب دفعها إليه بلا بينة»[1] اهـ.

وفي الحديث أيضاً دليل على وجوب تعريف اللقطة سنة. وأن الملتقط لا يكلف بتعريفها أكثر من سنة، وهو إجماع، قال النووي: «وأجمع العلماء على الاكتفاء بتعريف سنة»[2].

وفيه أيضاً دليل على عدم جواز التقاط ضالة الإبل مطلقاً وهو مشهور مذهبنا كما تقدم. وبه قال أحمد، إلا أنه جعل معها ضالتي البقر والخيل ونحوهما من كل ما يقوى على الامتناع من صغار السباع. قاله في المغني[3].

وقال الشافعي: إن وُجد هذا النوع من الحيوان بمفازة فللقاضي التقاطه للحفظ، وكذا لغيره في الأصح، ويحرم التقاطه لتملك، وإن وُجد بقرية فالأصح جواز التقاطه للتملك، لأنه في العمران يضيع بامتداد اليد الخائنة إليه، بخلاف المفازة فإن طروقها لا يعم. قاله في المنهاج ومغني المحتاج[4].

وقال أبو حنيفة: يجوز التقاط ضالة الإبل مطلقاً، لا فرق بينها وبين غيرها من النعم. قال في الكتاب: «ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير»[5].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٢٥.
(٢) المرجع السابق ١٢/٢٦.
(٣) المغني ٥/٧٤٠.
(٤) مغني المحتاج ٢/٤٠٩ ـ ٤١٠.
(٥) اللباب ٢/٢٠٩.

وتقدم أن لمالك قولاً بوجوب التقاطها إن خيف عليها من خائن، وتعرف وتبَاع ويوقف ثمنها لصاحبها، لما في الموطإ: «عن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول: كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة، تناتج؛ لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان، أمر بتعريفها، ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها»(١).

* * *

وَيُقدَّمُ بيَمِينِه عَلَى منْ عَرَفَ عَدَدَهَا وَوَزْنَهَا، وبِدُونِهِ عَلَى مَن عَرَفَ أحَدَهُمَا، أيْ القَدْرَ والوَزْنَ. ولاَ ضَمَانَ عَلى دَافعٍ بوَجْهٍ جَائزٍ فإنْ لَمْ تُعرَف فَلَهُ التَّصرُّفُ، فَيَضْمَنُها وَلَوْ تَصَدَّقَ بهَا عَنْ رَبِّهَا، كَنِيَة تَملُّكِهِا قبل التعريفِ، وله حَبْسُها.

* * *

يعني أن من عرف عفاص اللقطة ووكاءها يقضى له بها بيمين على من عرف وزنها وعددها، ويقضى له بها بغير يمين على من عرف الوزن فقط أو العدد فقط. وإن وصفها شخص ثان بالوصف الذي وصفها به الأول، حلفا وقسمت بينهما إن لم ينفصل بها الأول انفصالاً يمكن معه إشاعة خبرها، ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل. ومثل ذلك تساوي البينتين، فإن صاحبيهما يحلفان وتقسم بينهما(٢).

وقوله: «ولا ضمان على دافع بوجه جائز» يعني أن لا ضمان على من دفع اللقطة لمن وصفها وصفاً تؤخذ به شرعاً، بأن دفعها لمن عرف وكاءها

(١) الموطأ ٢/٧٥٩.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٦٦ - ١٦٧.

وعفاصها أو عددها أو وزنها حسب التفصيل السابق، فليس عليه ضمان حتى وإن قامت بينة لغيره أنه ربها، لأنه دفعها بوجه شرعي.

وعندئذ يكون الكلام بين من أتى بالبينة ومن دفعت له[1].

وإذا مضت سنة على اللقطة بعد تعريفها المطلوب ولم يَعْرِفْها أحد فللملتقط التصرف فيها بالتملك غنياً كان أو فقيراً، أو التصدق بها عن ربها، أما التصدق بها عن نفسه فكتملكها وله حبسها عنده لتبقى لقطة كما كانت.

فإذا تملكها الملتقط ضمنها لربها، وإذا تصدق بها عنه فإنه أي ربها مخير بين إمضاء الصدقة أو تضمين لقطته للملتقط، كما يضمنها الملتقط إذا نوى تملكها قبل تعريفها ومضي سنة عليها[2].

والأصل في ذلك حديث زيد بن خالد المتقدم وفيه: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». وفي رواية للشيخين «فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه» ففي قوله: «فاستنفقها» دليل على جواز تملكها بعد سنة من تعريفها لمن شاء ذلك. وفي قوله: «ولتكن عندك وديعة» دلالة على جواز حبسها وتركها لقطة كما كانت، وفي كلتا الحالتين فإن حق صاحبها لا ينقطع، فإما أن يأخذ بدلها في الحالة الأولى من الملتقط وضمانها منه سنة. وإما أن يأخذها بعينها في الحالة الثانية ولا ضمان على الملتقط في هذه الحالة إن هلكت بغير تفريط[3].

أما التصدق بها عن ربها فالأصل فيه ما أخرجه البزار والدارقطني، من حديث أبي هريرة مرفوعاً: ا«فإن جاء صاحبه فليرده إليه، وإن لم يأت فليتصدق به فإن جاء فيخيره بين الأجر وبين الذي له»[4].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) التاج والإكليل ومواهب الجليل ٧٤/٦.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٢٤/١٢ ـ ٢٥.

(٤) نصب الراية ٤٦٦/٤.

وقال أبو حنيفة: إذا مضى على اللقطة حول فللملتقط التصدق بها فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمّن الملتقط.

وله الانتفاع بها بتملكها إن كان فقيراً وإلا فلا[١].

وقال الشافعي: إن عرفها سنة فله تملكها بلفظ، كتملكت وقيل: تكفي النية وقيل يملك بمضي سنة، ولا فرق في تملكها بين الغني والفقير. وإذا جاء ربها ضمنها بالقيمة إن كانت مقومة، وبمثلها إن كانت مثلية. وله حبسها وإبقاؤها لصاحبها ضالة كما كانت، وفي هذه الحالة لا ضمان عليه إن تلفت بغير تفريط[٢].

أما أحمد فقال: إن اللقطة إذا عرفت ومضت عليها سنة، فإنها تدخل في ملك الملتقط مباشرة، ولو لم يُرد تملكها؛ فلو أبقاها بعد الحول وهلكت بدون تفريط منه ضمن قيمتها، إن كانت مقومة، ومثلها إن كانت من ذوات الأمثال. قاله في المغني[٣].

ولا خلاف عند جميع الأمة أن من تملكها يضمنها إذا جاء صاحبها، وهو إجماع. قال النووي: «وقد نقل القاضي وغيره إجماع المسلمين على أنه إذا جاء صاحبها بعد التملك ضمنها المتملك، إلا داود فأسقط الضمان والله أعلم»[٤] اهـ.

كما أنه لا خلاف عندهم في أن التقاط اللقطة وتملكها بعد تعريفها سنة ـ لا يحتاج إلى حكم حاكم ولا لإذنه. قال النووي: «وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها ـ لا يفتقر إلى حكم حاكم، ولا

---

(١) الهداية ٢/١٧٦ ـ ١٧٨.
(٢) مغني المحتاج ٢/٤١٥ وصحيح مسلم بشرح النووي ١٢/٢٤.
(٣) المغني ٥/٧١٢.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/٢٥.

إلى إذن السلطان، وهذا مجمع عليه، وفيها أنه لا فرق بين الغني والفقير، وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور»[1] اهـ.

* * *

ولَا يُعرَّفُ تَافِهٌ، وَلَهُ أَكْلُهُ كَأَكْلِ مَا يُفْسِدُهُ التَّرْكُ، كَشَاةٍ بِفَيْفَاءَ وَبَقَرَةٍ عَسُرَ سوقهما وخِيفَ عَلَيْهِمَا. ولِلْمُلْتَقِطِ إِكْرَاؤُهَا لِمَأْمُونٍ في عَلَفِهَا وَرُكُوبِها لمَوضعِه وإلَّا ضَمِنَ.

* * *

يعني أن التافه الذي تقدم تفسيره، لا يكلف الملتقط بتعريفه، لأن النفس تسمح بتركه غالباً كعصى وسوط وتمرة ونحو ذلك. وعليه فإن لمن وجده أكله.

والأصل في ذلك ما في صحيح البخاري عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ مرَّ بتمرة في الطريق قال: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»[2].

وللملتقط أكل ما يفسده الترك كفاكهة وخضر ونحوهما. ولا ضمان عليه إذا جاء ربه يطلبه، وله أكل شاة يجدها في فيفاء أي في مفازة لا عمران بها وخاف عليها الهلاك وتعذر عليه حملها وسوقها وإلا وجب حملها وتعريفها[3].

والأصل في ذلك حديث زيد بن خالد المتقدم، وفيه: «فضالة الغنم يا رسول الله؟ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب».

---

(١) المرجع السابق ١٢/٢٨.

(٢) صحيح البخاري ٢/٨٥٧.

(٣) الشرح الصغير ٤/١٧٤.

قال عياض: «الشاة إن وجدها في الحاضرة، وحيث يمكن حفظها، عرفها كاللقطة، وإن وجدت في الفيافي أكلت دون تعريف، ولا يغرمها لربها إذا جاء، ودليل هذه التفرقة الحديث، لأن الذئب إنما يكون في الفيافي. فدل أنها في الحضر بخلاف ذلك، ومعنى: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» أنه تنبيه على أنها تالفة على كل حال، لا ينفع صاحبها بقاؤها، أي إن لم تأخذها أنت يأخذها غيرك أو يأكلها الذئب»(١).

أما أكل ما يفسده الترك من الطعام فلم يرد فيه خبر صحيح، ولكنه أخذ من قوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب». قاله الحافظ(٢).

وقال الثلاثة: إن من وجد شاة بفيفاء وأكلها فعليه قضاؤها إذا جاء ربها، لا فرق بينها وبين أنواع اللقطة، في وجوب ضمانها إذا جاء ربها(٣).

وكما أن للملتقط أكل شاة بفيفاء ـ فإن له أيضاً أكل بقرة وجدها بمحل خوف وتعذر عليه سوقها وحملها للعمران فإن تيسر له سوقها أو حملها وجب ذلك عليه ويكون حكمها حكم اللقطة في وجوب التعريف. وأجرة سوقها وحملها وحمل الشاة وسوقها على ربهما إذا قدم(٤).

ومن التقط دابة فله أن يكريها لتأمين علفها كراء لا يخشَى عليها منه، سواء كان مشاهرة أو وجيبة، كما أن له أي الملتقط أن يركبها من محل التقاطها لموضعه الذي هو فيه وإن لم يتعذر عليه قوْدها. وإن أكراها لغير علفها أو أكراها كراء غير مأمون فعطبت ضمن قيمتها إن هلكت وأرشها إن تعيبت. وللملتقط ما زاد على علفها من لبن ومشتقاته. لا غيره من صوف ونحوه فإنه لربها(٥).

---

(١) إكمال الإكمال ٣٣/٥.
(٢) تلخيص الحبير ٧٥/٣.
(٣) مغني المحتاج ٤١٠/٢ والمغني ٧٣٥/٥.
(٤) الشرح الصغير ١٧٦/٤.
(٥) المرجع السابق ١٧٧/٤.

تتمــة: يجب وجوب كفاية لقط طفل صغير لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه ـ إن وجده جماعة بمضيعة أو كان المكان مطروقاً، وإلا تعين لقطه على من وجده. والمراد بلقطه: أخذه للحفظ.

ويسمى الطفل الملقوط لقيطاً، والأنثى لقيطة، ومن ذلك قول الشاعر:

لو كنتُ من مازن لم تستبح إبلي   بنو اللقيطة من ذهـل ابن شيبان.

وعرف ابن عرفة اللقيط بقوله: «صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه». فخرج من علم رقه فيسمى لقطة لا لقيطاً، وخرج ولد زانية معلومة[1].

واللقيط حر وولاؤه للمسلمين ونفقته من بيت المال فإن لم تُعط منه فعلى ملتقطه حتى يبلغ قادراً على الكسب، كما أن حضانته على ملتقطه إن لم يتكفل بذلك بيت المال. فإن وجد معه مال في ثوبه أو تصدق عليه به فينفق عليه منه. وإذا أنفق عليه الملتقط فإنه يرجع على أبيه إن علم، إن كان قد طرحه عمداً وثبت أنه أبوه بإقرار أو بينة، لا بمجرد دعوى الملتقط والقول للملتقط بيمين أنه لم ينفق عليه تطوعاً[2].

والأصل في حكم اللقيط ما أخرجه مالك في الموطإ: «عن ابن شهاب عن سُنَيْنٍ: أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمان عمر بن الخطاب، قال فجئت به إلى عمر بن الخطاب، فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عـريفه: يـا أمير المؤمنين: إنه رجل صالح فقال له عمر: أكذلك؟ قال: نعم. فقال عُمَر بن الخطاب: اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته.

قال يحيـى: سمعت مالكـاً يقول: الأمر عندنا في المنبوذ أنه حر، وأن ولاءه للمسلمين؛ هم يرثونه ويعقلون عنه»[3].

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٧٨ ـ ١٨٠.
(٣) الموطأ ٢/٧٣٨.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وقد ذكر الحافظ حديث مالك هذا وعزاه له وللشافعي وعبد الرزاق والبيهقي. قال: «وزاد عبد الرزاق عن مالك: وعلينا نفقته من بيت المال، وعلقه البخاري بمعناه، وأخرجه البيهقي من طريق ابن عيينة عن الزهري». وفي روايته أن سُنَيْناً: أبا جميلة قال: لما رآني عمر مقبلاً بالمنبوذ قال: «عسى الغُوير أبؤساً، قال العريف: يا أمير المؤمنين: إنه ليس بمتهم، قال: على ما أخذت هذه النسمة؟ قال: وجدتها بمضيعة، فأردت أن يأجرني الله فيها، قال: هو حر وولاؤه لك، وعلينا رضاعه»(1).

والطفل: الصغير من كل شيء. قال في المحيط. والمراد به هنا الصغير من الآدميين كما تقدم عن ابن عرفة. والمنبوذ: المرمي المطروح في الأرض قال في النهاية: «وسمي اللقيط منبوذاً لأن أمه رمته على الطريق»(2).

والعريف: من يَعْرِف أمور الناس، حتى يُعرِّف بها من فوقه عند الحاجة(3).

ومعنى قوله: «عسى الغوير أبؤساً» أي عسى أن تكون جئت بأمر عليك فيه تهمة وشدة. قاله في النهاية(4).

وهو مثل للعرب تقوله إذا توقعت شراً. قال الأصمعي: «الغوير: تصغير غار دخله قوم يبيتون فيه فانهار عليهم، وقيل: وجدوا فيه عدواً لهم فقتلهم».

وقال ابن الكلبي: «مكان معروف فيه ماء لبني كلب» قال: وأول من تكلم بهذا المثل: الزَّبَّاء، فقد أرسلت قصيراً لما أمنته تاجراً إلى العراق، فرجع إليها بربح كثير مراراً، ثم رجع المرة الأخيرة، ومعه الرجال في الأعدال، فنظرت إلى الجمال تمشي رويداً لثقل من عليها، فقالت: «عسى

---

(1) تلخيص الحبير ٣/٧٧.
(2) النهاية ٥/٦.
(3) شرح الزرقاني على الموطإ ٤/١٨.
(4) النهاية ١/٩٠.

الغوير أبؤساً» أي لعل الشر يأتيكم من قبل الغوير. قال أبو عبيد: وقول الكلبي أشبه بالصواب. نقله الزرقاني[1].

وبه قال الثلاثة، أي إن اللقيط حر ونفقته من بيت المال، إن لم يكن له مال ينفق عليه منه، وولاؤه للمسلمين. قال الخرقي: «واللقيط حر وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه، وولاؤه لسائر المسلمين»[2].

ومثله في بدائع الصنائع ونحوه في مغني المحتاج[3].

ونقل ابن المنذر الإجماع على حرية اللقيط، وعلى أن ما يوجد معه من مال فهو له[4].

وقد علق الباجي على قول عمر: «ولك ولاؤه» فقال: إن معناه: «أي جعلت لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره، وأنت أحق به من غيرك، وذلك أن من التقط لقيطاً فهو أحق به من غيره»[5] اهـ.

ويحكم بإسلام اللقيط إن وُجد في بلاد المسلمين، كما يحكم بإسلامه إن وجد في قرية لم يكن بها إلا بيتان مسلمان والتقطه مسلم، تغليباً للإسلام، فإن التقطه كافر فلا يحكم بإسلامه، ومثل البيتين: البيت على ما استظهره الحطاب، كالثلاثة. وأما الأربعة فيحكم بإسلامه وإن التقطه كافر[6].

وبه قال الشافعي وأحمد[7]. وقال أبو حنيفة نحوه، قال في الكتاب: «إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه

---

(١) شرح الزرقاني على الموطإ ١٩/٤ هكذا في شرح الزرقاني: ابن الكلبي أولاً والكلبي فقط مؤخراً.

(٢) المغني ٧٤٧/٥ - ٧٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ١٩٧/٦ - ١٩٩ ومغني المحتاج ٤١٨/٢ - ٤٢١.

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٠٤.

(٥) المنتقى ٤/٦.

(٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ١٢٥/٤ - ١٢٦.

(٧) مغني المحتاج ٤٢٢/٢ والمغني ٧٤٨/٥.

ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً، وإن وُجد في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة كان ذمياً»[1] اهـ.

ومذهبنا أن اللقيط لا يلحق بملتقط ولا بغيره إلا ببينة تشهد أنه أبوه، أو بقرينة تدل على ذلك، كمن عُرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه ولده ـ لما سمع أن المولود إذا طرح يعيش، أو طرحه لغلاء أو خوف عليه من شيء بيِّنه، مما يدل على صدقه فيلحق به[2].

(١) اللباب ٢/٢٠٦.
(٢) الشرح الصغير ٤/١٨١ ـ ١٨٢.

بَابٌ في شُروطِ القَضاءِ وَأَحْكَامِه

يُشْتَرطُ في الْقَاضِي أَنْ يَكُونَ ذَكراً عَدْلاً ذَا فِطَانَةٍ، فَقِيهاً وَلَوْ مُقلِّداً، فَيَحْكُمُ بِقَوْلِ مُقَلِّدِه، وَنَفَذَ حُكْمُ أعْمَى أوْ أصَمَّ أوْ أبكَم، وَوَجَبَ عَزْلُهُ.

* * *

القضاء لغة يأتي بمعنى الأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾(١) أي أمر، ويأتي بمعنى الأداء، نحو قضيت الدين، ومنه قوله عز وجل: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ﴾(٢) ويأتي بمعنى الموت كقوله تعالى: ﴿فَمِنْهُم مَنْ قَضَى نَحْبَهُ﴾(٣) ويأتي بمعنى الفراغ نحو: «قُضِيَ الأَمْرُ»(٤) أي فرغ منه وبمعنى الفعل نحو: «فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ»(٥) أي افعل ما أنت فاعل. وبمعنى الإرادة نحو: «فَإِذَا قَضَى أَمْراً﴾(٦).

(١) الإسراء: ٢٣.
(٢) النساء: ١٠٣.
(٣) الأحزاب: ٢٣.
(٤) يوسف: ٤١.
(٥) طه: ٧٢.
(٦) غافر: ٦٨.

ويأتي القضاء أيضاً بمعنى الحكم نحو: ﴿ وَاللهُ يَقْضِي بالْحَقِّ ﴾(1) أي يحكم بالعدل، وهذا المعنى الأخير لا يختلف عن تعريفه الشرعي فهو في الشرع: حكم حاكم أو مُحَكَّمٍ بأمر ثبت عنده في الأموال أو الطلاق والنكاح أو الجنايات وغير ذلك. والحكم هو: الإعلام على وجه الإلزام. والقاضي هو الحاكم في الأحكام الشرعية، أي من له الحكم فيها، حكم أم لا(2).

وقد انفرد الله تعالى بالحكم بين العباد يوم القيامة، قال تعالى: ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ ﴾(3) وقال عز وجل: ﴿ وَأَشْرَقَتِ الأَرْضُ بِنُورِ رَبِّهَا وَوُضِعَ الْكِتَابُ وَجِيٓءَ بِالنَّبِيِّينَ والشُّهَدَاءِ وَقُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَهُمْ لاَ يُظْلَمُونَ ﴾(4).

أما في الدنيا فقد استخلف الله أنبياءه خلفاء في الأرض يحكمون بين العباد، وفرض عليهم الحكم بالحق. قال تعالى: ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللهِ ﴾(5) وقال عز وجل: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَآ إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَآ أَرَاكَ اللَّهُ ﴾(6).

وفرض الله على العباد الطاعة والتسليم بما يحكم به القضاة من النبيين وورثتهم من العلماء. قال تعالى: ﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُم، ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِيٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً ﴾(7).

---

(1) غافر: ٢٠.
(2) الشرح الصغير ٤/ ١٨٦-١٨٧.
(3) الجاثية ١٧.
(4) الزمر: ٦٩.
(5) ص: ٢٦.
(6) النساء: ١٠٥.
(7) النساء: ٦٥.

وعليه فإن القضاء منصب عظيم لمن توفرت فيه شروطه وحكم بين الناس بالعدل، فمن حكم بالعدل وأقسط أحبه الله وأظله يوم لا ظل إلا ظله، ومن جار وقسط فلا يلومن إلا نفسه.

قال تعالى في شأن من يحكم بالقسط: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[1] وقال رسول الله ﷺ: «إن المقسطين عند الله على منابر من نور، عن يمين الرحمن عز وجل، وكلتا يديه يمين؛ الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما وَلُوا». أخرجه مسلم من حديث زهير[2].

وقال عز وجل في شأن من جار وقسط: ﴿ وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَباً ﴾[3] وعن بُريدة أن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار». أخرجه أصحاب السنن والحاكم وصححه[4].

وقوله: «ويشترط في القاضي..» إلخ يعني أن القاضي يُشترط أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون ذكراً، فلا يصح القضاء من أنثى ولا خنثى، لحديث: «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة». أخرجه البخاري عن أبي بكرة مرفوعاً[5].

٢ ـ أن يكون عدلاً أي حراً مسلماً عاقلاً بالغاً بلا فسق وحجر وبدعة كما سيأتي.

---

(١) المائدة: ٤٢.
(٢) صحيح مسلم ١٤٥٨/٣.
(٣) الجن: ١٥.
(٤) نيل الأوطار ١٦٧/٩.
(٥) صحيح البخاري ١٦١٠/٤.

٣ ـ أن يكون فقيهاً عالماً بحكم ما يقضي فيه، مجتهداً أو مقلداً عند فقد المجتهد وقيل بجواز تولية المقلد مع وجود المجتهد. وهو المعتمد فيحكم المقلد بقول مقلَّده وهو مشهور مذهب إمامه، لا بالضعيف ولا بقول في غير مذهبه، إلا إذا كان للضعيف مُدرك ترجح عنده وكان من أهل الترجيح، ومثله المفتي في ذلك كله[١].

ونفذ حكم قاض أعمى أو أبكم أو أصم، حيث اتصف بواحدة منها فقط لا بأكثر، وكان مصيباً في حكمه، ووجب عزله، ولو طرأ ذلك عليه بعد توليته، لأن القاضي يجب أن يكون سميعاً بصيراً متكلماً، لكن هذه الصفات ليست شرطاً في حقه، فلذلك نفذ حكمه إن اتصف بواحدة منها لا أكثر حسبما تقدم[٢].

٤ ـ أن يكون فطناً غير مخدوع في عقله، يتفطن لما يوجب الإقرار والإنكار ومعنى الفطنة: جودة الذهن وقوة إدراك المعاني، وقيل إن الفطانة ليست شرطاً، وإنما هي مستحبة[٣].

وقال الشافعي وأحمد: يشترط في القاضي أن يكون مسلماً ذكراً عدلاً سميعاً بصيراً، ناطقاً مجتهداً إن وجد[٤].

وقال أبو حنيفة: يشترط فيه أن يكون مسلماً حراً عاقلاً بالغاً، غير أعمى ولا محدود في قذف[٥] فيصح عنده أن تتولى المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص، ويصح عنده تولية الفاسق والعامي أي المقلد[٦].

* * *

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٢٩/٤.
(٢) الشرح الصغير ١٩١/٤.
(٣) مواهب الجليل ٨٨/٦.
(٤) مغني المحتاج ٣٧٥/٤ والمغني ٣٩/٩ ـ ٤١.
(٥) حاشية ابن عابدين ٢٩٨/٤ ـ ٣٠٥.
(٦) المرجع السابق والهداية ١٠١/٣ ـ ١٠٧.

وَتَعَيَّن عَلَى مَن انْفَرَدَ بِالشُّرُوطِ وَعَلَى خَائِف فِتْنَةٍ أو ضَيَاعِ حقٍّ إن لَمْ يَتَوَلَّ. وحَرُمَ عَلَى فَاقِدِ الشُّروطِ. وَتَحْرُم هَـدِيَةٌ وقَبُولُها.

* * *

من انفرد في عصره بشروط القضاء يجب عليه قبول القضاء وطلبه، كما يجب عليه ذلك إن خاف فتنة على نفسه أو غيره، إن لم يتول القضاء، أو خاف ضياع حق لأي مسلم إن لم يتوله، وإن أبى أُجبر عليه.

قال ابن عرفة: «قبول ولاية القضاء من فروض الكفاية، إن كان بالبلد عدد يصلحون لذلك، فإن لم يكن من يصلح لذلك إلا واحد تعين عليه، وأجبر على الدخول فيه». نقله المواق[1].

ويحرم القضاء على فاقد الشروط المتقدمة كجاهل ونحوه؛ يحرم عليه طلبه وقبوله، لحديث: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار». أخرجه أصحاب السنن والحاكم وصححه عن بريدة مرفوعاً[2].

ويحرم على القاضي أخذ هدية من خصم، كما تحرم عليه من غيره إلا إذا كان قد اعتاد قبل الولاية أن يهديه الناس، أو كان ذلك لموجب كتبادل الهدايا بين الجيران[3]. والأصل في منع الهدية للقاضي حديث: «لعنة الله

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٠٠.
(٢) نيل الأوطار ٩/١٦٧.
(٣) الشرح الصغير ٤/١٩٢.

على الراشي والمرتشي في الحكم». رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه، وابن حبان وصححه(١).

وتقدم الكلام على معنى هذا الحديث مستوفى في باب القرض، فلينظر هناك(٢).

أما أخذ العطاء: (المرتب) من بيت المال فلا يُمنع للقاضي، لأن أبا بكر وعمر فُرض لهما العطاء على توليتهما الخلافة. وفُرض العطاء لغيرهما من العمال. روى البخاري تعليقاً: «وكان شريح القاضي يأخذ على القضاء أجراً، وقالت عائشة: يأكل الوصي بقدر عمالته، وأكل أبو بكر وعمر»(٣). وما ذكرت عن أبي بكر ـ أخرجه البخاري في صحيحه عنها قالت: «لما استُخلف أبو بكر الصديق قال: لقد علم قومي أن حرفتي لم تكن تعجز عن مؤونة أهلي، وشُغلتُ بأمر المسلمين، فسيأكل آل أبي بكر من هذا المال، ويحترف للمسلمين فيه»(٤).

أما ما ذَكرتْ عن عمر فقد أخرجه ابن أبي شيبة موصولاً في مصنفه، ففيه أن عمر لما ولي قال: «إني أنزلت نَفسي من مال الله بمنزلة قَيِّم اليتيم، إن استغنيت عنه تركت، وإن افتقرت إليه أكلت بالمعروف». قاله في الفتح، قال: وسنده صحيح. ونقل عن أبي علي الكرابيسي قوله: «لا بأس للقاضي أن يأخذ الرزق على القضاءعند أهل العلم قاطبة، من الصحابة ومن بعدهم، وهو قول فقهاء الأمصار لا أعلم بينهم اختلافاً. وقد كره ذلك قوم، منهم مسروق ولا أعلم أحداً منهم حرمه»(٥) اهـ.

* * *

---

(١) نيل الأوطار ٩/١٧٠.
(٢) تبيين المسالك ٣/٤٦٣ ـ ٤٦٤.
(٣) صحيح البخاري ٦/٢٦٢٠.
(٤) صحيح البخاري ٢/٧٢٩.
(٥) فتح الباري ١٣/١٣٢ ـ ١٣٣.

وَيُنْدَبُ أن يَكُونَ غَنِياً ورِعاً نَسِيباً بِلَا دَيْن وَحَدٍّ وأن يَتَّخِذَ عَدْلاً يُخبِرُهُ بِمَا يُقَالُ فِيهِ، وَتَأدِيبُ مَنْ أَسَاءَ عَلَيْهِ إلاَّ فِي مِثْلِ اتَّقِ الله، وإحْضَارُ الْعُلَمَاءِ أَوْ مُشَاوَرَتُهم.

* * *

يندب أن يكون من يتولى القضاء غنياً عفيفاً ورِعاً، لأن ذلك مظنة التنزه عن الطمع بما في أيدي الناس والابتعاد عن كل ما يُزْري بالمروءة. وأن يكون معروف النسب، لأن مجهوله لا يهاب، واختُلِف في ولد الزنا فقال سحنون: لا بأس بولايته، ولا يحكم في حد، وقال الباجي: الأظهر منعه، لأن القضاء موضع رفعة فلا يليها ولد الزنا كالإمامة. نقله الحطاب[(١)].

وأن يكون من يتولاه غير مدين وغير محدود في زنا أو غيره، لأن المدين والمحدود منحطًّا الرتبة عند الناس، وأن يكون حليماً حسن الخلق لأن سوء الخلق مظنة الشر والظلم[(٢)]. . . .

ويندب للقاضي أن يؤدب من أساء عليه بمجلسه، بأن قال له: حكمتَ عليَّ بباطل، أو لو أعطيتك مالاً لحكمت لي، ونحو ذلك.

إلا في نحو قوله: اتق الله في أمري أو خَفِ الله، فلا يؤدبه في ذلك بل يرفق به، فيقول له: رزقني الله وإياك التقى، ونحو ذلك[(٣)].

ويندب للقاضي إحضار العلماء لمجلس حكمه أو مشاورتهم قبل إصدار الحكم لإظهار الصواب في مشكلات المسائل، أما في المسائل الضرورية فلا يحتاج إلى إحضارهم أو مشورتهم[(٤)].

---

(١) مواهب الجليل ١٠٣/٦.
(٢) الشرح الصغير ١٩٣/٤.
(٣) المرجع السابق ١٩٤/٤ ـ ١٩٥.
(٤) المسائل الضرورية، هي الجلية الواضحة.

قال المتيطي: «ينبغي للقاضي أن يشاور فيما ينزل به من المسائل من أهل الفقه ـ من تجب مشاورته ويثق به في علمه ودينه ونظره، وفهمه، ومعرفته بأحكام من مضى وآثارهم. وقد شاور عمر وعثمان وعَلِي رضي الله عنهم. قال مالك: كان عثمان رضي الله عنه إذا جلس للقضاء أحضر أربعة من الصحابة ثم استشارهم فإذا رأوا ما رآه أمضاه، وقال: هؤلاء قضوا لست أنا قضيت». نقله المواق(١).

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَشَاوِرْهُم فِي الْأَمْرِ ﴾(٢) قال ابن عطية: «والشورى من قواعد الشريعة وعزائم الأحكام، ومن لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب، هذا ما لا خلاف فيه، وقد مدح الله المؤمنين بقوله: ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾(٣) قال: «وصفة المستشار في الأحكام أن يكون عالماً ديناً»(٤) اهـ.

* * *

وَجَازَ تَحْكِيمُ عَدْلٍ غَيْرِ خَصْمٍ وَجَاهِلٍ ـ في مالٍ وَجَرْحٍ، لا في حَدٍّ وقَتْلٍ وَلِعَانٍ وَوَلَاءٍ وَنَسبٍ وَطَلَاقٍ وعِتْقٍ ورُشْدٍ وَضِدِّهِ وَغَائِبٍ. . ومَضَى إنْ حَكَمَ صَوَاباً وَأُدِّبَ. وَعَلَى الْقَاضِي تَرْتِيبُ كَاتِبٍ وَمُزَكٍّ وَشُهُودٍ عُدُولٍ وَتُرْجُمَانٍ.

* * *

(١) التاج والإكليل ٦/١١٧.
(٢) آل عمران: ١٥٩.
(٣) الشورى: ٣٨.
(٤) المحرر الوجيز ٣/٣٩٧.

يجوز للخصمين تحكيم رجل عدل الشهادة، بأن يكون مسلماً حراً بالغاً عاقلاً غير فاسق، غير أحد الخصمين، وغير جاهل بأن يكون في الغالب يعلم ما يحكم به، وإلا فلا يصح تحكيمه ويجوز تحكيم العدل غير الجاهل في مال من دين وبيع أو شراء. . وفي جرح ولو خطيرا كجائفة وآمة[1]. وهي ما أفضت لأم الدماغ؛ وأم الدماغ: جلدة رقيقة مفروشة عليه، متى انكشفت عنه مات[2].

لا يجوز التحكيم في حد من الحدود كجَلْد ورَجْم ولا في قصاص ولا في قتل في ردة أو حرابة، ولا في لعان ولا في ولاء ولا في نسب ولا في طلاق وعتق، ولا في رشد وسفه ولا في أمر يتعلق بالغائب لا في ماله أو زوجته أو حياته وموته. ولا في حبس ولا في صحة عقد أو فسخه. . كل ذلك لا يحل لمحكم أن يحكم فيه، وإنما يحكم فيه القضاة[3].

غير أن المحكم إذا حكم في هذه الأمور التي لا يجوز تحكيمه فيها ـ فإن حكمه يمضي إن كان صواباً وإلا نُقِضَ، لأنه يرفع الخلاف، لكنه يؤدب إن أنفذَ حكمَه، لافتيـاته على الحاكم. قال أصبغ: «إن حكماه فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه أنفذ السلطان حكمه في القود والحد، ونهاه عن العودة، وإن كان هو أقام ذلك فقتل واقتص وضرب الحد زجره الإمام وأدبه، وأمضى صواب حكمه»[4] اهـ.

ويجب على القاضي ترتيب كاتب عدل يكتب وقائع الخصوم، وترتيب مزكي سر عدل يخبره سرّاً بعدالة الشهود أو عدمها. وترتيب شهود عدول يشهدون بإقرار من أقر بمجلسه من الخصوم، وقيل إن ترتيب من ذكر مندوب فقط.

---

(١) الشرح الصغير ١٩٨/٤.
(٢) المرجع السابق ٣٥٢/٤.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ١٢٩/٧ والشرح الصغير ١٩٩/٤.
(٤) التاج والإكليل ١١٣/٦.

كما يجب عليه ترتيب ترجمان عدل يخبره بلغة الخصم، ويخبر الخصم بلغة القاضي إن اقتضى الأمر ذلك.

ويكفي ترتيب الواحد في كل من مزكي السر والترجمان[١].

قال ابن رشد: «وتعديل السر يفترق من تعديل العلانية من وجهين: أحدهما لا إعذار في تعديل السر، والثاني أنه يُجتزأ فيه بالواحد وإن كان الاختيار الاثنين، بخلاف تعديل العلانية في الوجهين: لا يجوز فيه إلا شاهدان، ويلزم الإعذار فيه إلى المشهود عليه، هذا معنى ما في المدونة». نقله الحطاب[٢].

أما المترجم ففيه تفصيل فإن كان القاضي هو الذي يتخذه لنفسه فهذا كمزكي السر، يكفي فيه واحد، وإن كان الشاهد هو الذي يأتي به فلا بد من تعدده[٣].

وقال الشافعي وأحمد: لا بد من تعدده مطلقاً بحيث لا يقل العدد عن عدلين. ولأحمد رواية أخرى أنه يكفي مترجم واحد عدل كما لمالك، وهو المذهب عند أبي حنيفة. قاله في المغني[٤].

واستدل لهذا القول الذي هو المذهب عندنا بحديث زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ أمره أن يتعلم كتاب يهود. قال: فكنت أكتب له إذا كتب إليهم، وأقرأ له إذا كتبوا»[٥].

والحديث الذي أشار إليه أخرجه البخاري تعليقاً، وترجم له بباب ترجمة الحكام، وهل يجوز ترجمان واحد؟ قال: «وقال خارجة بن زيد بن

(١) الشرح الصغير ٤/٢٠٢ ـ ٢٠٣.
(٢) مواهب الجليل ٦/١١٦.
(٣) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/١٣٢.
(٤) مغني المحتاج ٤/٣٨٩ والمغني ٩/١٠٠.
(٥) المرجع السابق.

ثابت: عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ أمره أن يتعلم كتاب اليهود حتى كتبت للنبي ﷺ كتبه، وأقرأته كتبهم إذا كتبوا إليه.

وقال عمر ـ وعنده علي وعبد الرحمن وعثمان: ماذا تقول هذه؟ قال عبد الرحمن بن حاطب: فقلت: تخبرك بصاحبها الذي صنع بها. وقال أبو جمرة: كنت أترجم بين ابن عباس وبين الناس. وقال بعض الناس: لا بد للحاكم من مترجمين»(١).

قال في الفتح معقباً على البخاري في حديث زيد بن ثابت ـ: «هذا التعليق من الأحاديث التي لم يخرجها البخاري إلا معلقة، وقد وصله مطولاً في كتاب التاريخ». قال: وأخرجه أبو داود والترمذي من رواية عبد الرحمن بن أبي الزناد. وقال الترمذي: حسن صحيح». قال: «وأخرجه أحمد وإسحاق في مسنديهما»(٢).

* * *

وَيَبْدَأُ أَولَ وِلاَيَتِهِ بِالْبَحْثِ عَن الشُّهُودِ فَالْمَسْجُونِينَ فَأَوْلِيَاءِ الأَيْتَام فَأَمْوَالِهِمْ، ثُمَّ بِالأَهَمِّ مِنَ الْخُصُومِ كَالْمُسَافِرِ، فَالأَسْبَقِ وَلْيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ. وَلاَ يَحْكُمُ مَعَ ما يُدْهِشُ عَنِ الفكرِ.

* * *

أول ما يبدأ به القاضي من العمل إثر توليه القضاء ـ أن يكشف عن الشهود المرتبين قبله، فيبقي العدل ويطرد غيره، ثم يبحث في أمر المسجونين فيفرج عمن يستحق الإفراج منهم، لأن السجن عذاب. ثم

(١) صحيح البخاري ٦/٢٦٣١.
(٢) فتح الباري ١٣/١٦١.

يبحث في أمر أولياء الأيتام ليعرف المستقيم فيبقيه، ويعزل غيره. ثم يكشف عن أموال الأيتام ليعرف ما إذا كان عليها ولي أم لا؟ ويأمر من ينادي بمنع معاملة الأيتام والسفهاء، ومن لا ولي له يرفع إليه ليولي عليه من يصون ماله.

ثم ينظر في الخصوم فيقدم الأهم فالأهم، كالمسافر فإنه يقدمه ويقدم ما يخشى فواته إن قدم غيره، كالطعام الذي يتغير بالتأخير وكالنكاح الفاسد. ثم يقدم الأول في المجيء فإن جاء اثنان فأكثر في وقت واحد أقرع بينهم، وينبغي أن يفرد وقتاً للنساء كالمفتي[1].

وعلى القاضي أن يسوي بين الخصمين في القيام والجلوس والكلام، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، لحديث: «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليساو بينهم، في المجلس والإشارة والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر». أخرجه إسحاق بن راهويه والطبراني مرفوعاً. قاله في نصب الراية[2].

وفي كتاب عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: «وآسِ بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك». أخرجه الدارقطني[3].

ولا يحكم القاضي ولا يُفتي المفتي - مع ما يدهش عن الفكر من مرض أو غضب ونحوهما لحديث: «لا يقضيَنَّ حَكم بين اثنين وهو غضبان». أخرجه الشيخان واللفظ للبخاري عن أبي بكرة مرفوعاً[4]. قال القرطبي: «إنما كان الغضب مانعاً من الحكم لأنه يشوش الذهن ويخل بالفهم فيلحق به ما في معناه كالجوع والألم وغيرهما». نقله الأبي[5].

---

(١) الشرح الصغير ٤/٢٠٣ - ٢٠٥.
(٢) نصب الراية ٤/٧٣ - ٧٤.
(٣) سنن الدارقطني ٤/ ٢٠٦.
(٤) صحيح البخاري ٦/٢٦١٦ وصحيح مسلم ٣/١٣٤٣.
(٥) إكمال الإكمال ٥/١٩.

والنهي محمول على المنع، وقيل على الكراهة[1]. والقول بالمنع قال به أحمد، وقال الشافعي بالكراهة[2].

وعلى كلا القولين فإن القاضي إذا خالف وحكم مع ما يدهش فإن حكمه يمضي إن كان صواباً، وفرق ابن حبيب بين الغضب الكثير والقليل[3].

وظاهر مذهب أحمد أن الحرمة مقيدة بالكثير، وأن الحكم يمضي معها إن كان صواباً[4].

* * *

وَعَزَّرَ شَاهِدَ الزور، ومَنْ أساءَ عَلَى خَصْمِهِ أَوْ مُفْتٍ أَوْ شاهِدٍ. وَأَمَرَ المُدَّعِي بالْكَلَامِ، وَهُوَ مَنْ كَان قَوْلُهُ مُجرَّداً عَن مُصَدِّقٍ وإلاَّ فَالجَالِبُ، وَإلاَّ أقْرَعَ. فيدعِي بمعلومٍ مُحَقَّقٍ، وبيَّن السببَ في الْمالِ وإلاَّ سَألَهُ الحَاكِمُ عَنْهَ، وَإلاَّ لَمْ تُسْمعْ دَعْوَاهُ إلا أن ينسَى السبَب. ثُمَّ مُدَّعىً عَلَيْهِ ترجَّحَ قوْلُهُ بِأَصْلٍ أَوْ مَعْهُودٍ بالْجَوابِ، فَإنْ أَقَرَّ أَشْهَدَ عَلَيْهِ.

* * *

يجب على القاضي أن يعزر شاهد الزور، وهو الذي شهد بما لم

(١) حاشية الرهوني ٧/٣١٥ ـ ٣١٧.
(٢) مغني المحتاج ٤/٣٩١ والروض المربع ٢/٣٦٧.
(٣) التاج والإكليل ٦/١٢٢.
(٤) الروض المربع ٢/٣٦٧.

يعلم، فيعزره بضرب مؤلم في ملإ وينادي به في الأسواق ليرتدع غيره. كما يجب عليه تعزير من أساء على خصمه بحضرته بنحو: أنت فاجر أو كذاب أو ظالم لا بقوله له: كذبت أو ظلمتني فلا يعزره.

والأصل في تعزير شاهد الزور ما أخرجه البيهقي عن عبد الله بن عامر قال: «أُتي عمر بشاهد زور فوقفه للناس يوماً إلى الليل، يقول: هذا فلان يشهد بزور فاعرفوه، ثم حبسه». وفي رواية أخرى زيادة: «فجلده وأقامه للناس»[1].

وبه قال الشافعي وأحمد. وقال أبو حنيفة: يشهر في السوق ولا يعزر[2].

وكذلك من أساء على مفت كأن يقول له: أنت تفتي بالباطل، أو على شاهد بنحو: أنت مزوِّر، أو تشهد بالزور، فإنه يجب تعزيره، لا بقوله لمن شهد عليه: شهدت بباطل فلا يعزر[3]. وللقاضي أن يستند لعلمه في الإساءة التي توجب التعزير. والحق حينئذ لله لانتهاك حرمة الشرع، فلا يجوز للقاضي تركه.

وإذا أتى الخصمان للقاضي أمر المدعي منهما بالكلام أولاً، وهو من تجرد قوله عن أصل أو معهود: يصدقه عرفاً، كطالب دين أو جناية على آخر، وكدعوى زوجة طلاقاً ونحو ذلك[4].

وإلا يعلم المدعي منهما، يأمر الجالب لصاحبه منهما بالكلام ابتداء، لأن الشأن أنه هو الطالب، وإن لم يكن منهما طالب، بأن لم يسبق إليه أحدهما، بل جاءا معاً في آن واحد أقرع بينهما. قال في التحفة:

---

(١) السنن الكبرى ١٠/١٤١.

(٢) المغني ٩/٢٥٩ - ٢٦٠ والهداية ٣/١٣٢.

(٣) الشرح الصغير ٤/٢٠٦ - ٢٠٨.

(٤) المرجع السابق.

«وحيث خصمٌ حال خصمٍ يدَّعي فاصرفْ ومن يَسبقْ فَذاك المُدعي
وعنــد جهـل ســابقٍ أو مُــدَّعِي من لَـجَّ إذ ذَاك لقُـرعـة دُعي»[1]

وإذا أمر القاضي المدعِي بالكلام فعليه أن يدعي بمعلوم محقق، أي معلـوم قدره وجنسه من مال وغيره محقق نحو لي عليه ألف درهم. لا مظنون نحو أظن أن لي عليه كذا ولا مشكوك نحو أشك، فلا تسمع دعواه فيهما. وفي دعواه للمال لا بد أن يبين سبب المعاملة هل هي قرض أو بيـع ونحوهما؟، فإن لـم يبين السبب سأله الحاكم عنه وجوباً، فإن بينه فذاك. وإلا لم تسمع دعواه، إلا أن يدعي نسيان السبب فيعذر بذلك وتسمع دعواه[2].

ثم بعد ذكر المدّعِي دعواه يأمر القاضي المُدَّعَى عليه بالجواب، وهو من ترجح قوله بأصل كمدين فإن الأصل براءة الذمة، ولا تعمر إلا بمحقق، أو بمعهود شرعي بتصديق مدعيه كدعوى المودَع (بالفتح)، رد الوديعة إذ الشرع يصدقه، لأنه أمين ـ فإن أقر أشهد المدعي على إقراره فـإن غفل نبهـه الحاكم على ذلك، فيقال للعدول: أشهدوا بأنه أقر وهل القاضي مخير في تنبيه المدعي على الإشهاد أو هو مطالب به؟ الأول هو ظاهر كلام خليل، والثاني هو مقتضى النوادر[3].

* * *

وَإِنْ أنْكَرَ قَالَ: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فإِنْ قَالَ: لَا فَلَهُ اسْتِحْلاَفهُ، فَإِنْ حَلَفَ فَلاَ بَيِّنَةَ، إلاّ لِعُذْرٍ كَنِسْيَانٍ، كَأَنْ حَلَفَ لِردِّ شَاهِدٍ، وَإِنْ أقَامَهَا أعْذَرَ إلىَ الْمَطْلوب، إلاّ شَاهِدَ الإقْرَارِ بالمَجْلِسِ ، ومن

(1) البهجة شرح التحفة ٣٣/١.
(2) الشرح الصغير ٢٠٩/٤ ـ ٢١٠.
(3) شرح الزرقاني على خليل ١٣٧/٧ ـ ١٣٨.

يُخشَى مِنْه ومُزَكِّي السِّرِّ والمُبَرِّزَ بغَيْر عَدَاوَةٍ أوْ قَرَابَةٍ، وَإِنْ قَالَ: نَعَمْ أنْظَرَهُ بالْإِجْتَهادِ، ثُمَّ حَكَم عَلَيْه. وَإِنْ أنْكَرَ المُعَامَلَةَ فَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ البَيِّنةُ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةٌ بِالقَضَاءِ.

* * *

إذا أنكر المدعى عليه ما ادعي عليه ـ فإن القاضي يقول للمدعي: ألك بينة؟ فإن قال: لا، فله استحلاف المدعى عليه، ولو لم تثبت بينهما خلطة بدين أو غيره، هذا قول ابن نافع واعتمد[1]. لحديث: «لو يعطى الناس بدعـواهم، لادعـى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه». أخرجه الشيخان عن ابن عباس مرفوعاً[2]. وللبيهقي بإسناد صحيح: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». قاله الحافظ[3].

وفي صحيح مسلم: «عن علقمة بن وائل عن أبيه قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله: إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها؛ ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»[4]. ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك[5].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[6].

(١) حاشية الدسوقي ٤/١٤٥.
(٢) زاد المسلم ٢/١٢٥ ـ ١٢٧.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٩١.
(٤) صحيح مسلم ١/١٢٣.
(٥) الإجماع لابن المنذر ص ٦٢.
(٦) اللباب ٤/٢٩ والمهذب ٢/٣٠٠ والمبدع ١٠/٦٣.

وقيل: إنه ليس له استحلافه إلا إذا ثبت بينهما خلطة من بيع أو شراء متكرر أو دين، ونحو ذلك، وهذا ما اقتصر عليه خليل في مختصره. وذكر الدسوقي أنه المشهور وقال: «لكن المعتمد قول ابن نافع لجريان العمل به، ومعلوم أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب وإن خالفه»(١) اهـ.

وكما أن القول باشتراط ثبوت الخلطة اقتصر عليه خليل، فإن عليه عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضي بين الناس، فإذا جاء الرجل يدعي على الرجل حقاً نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة، أحلف الذي ادعى عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه. قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا»(٢).

ووجه هذا القول كما قال الزرقاني: «لئلا يبتذل أهلُ السفه أهلَ الفضل بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد فاشترطت الخلطة»(٣).

واستثنى خليل مسائل لا يشترط فيها ثبوت الخلطة قولاً واحداً، منها الدعوى في معين كدابة، والدعوى على الصناع والمتهمين عند الناس، والمسافر على رفقته، والضيف والمريض على آخر بدين.. فهذه لا يشترط فيها ثبوت الخلطة عند الجميع(٤).

وإذا حلف المدعى عليه بعد طلب المدعي استحلافه ـ فإنه يبرأ، ولا تُقبل للمدعي بعد ذلك بينة، إلا لعذر كنسيانه لبينته وقت الحلف، أو عدم علمه بها ويحلف على نسيانه أو عدم علمه بها.

ومثل ذلك مدَّعٍ أتى بشاهد في دعوى لا تثبت إلا بعدلين، وحلف

(١) حاشية الدسوقي ١٤٥/٤.
(٢) الموطأ ٧٢٥/٢ ـ ٧٢٦.
(٣) شرح الزرقاني للموطأ ٣٩٦/٣.
(٤) شرح الزرقاني لخليل ١٣٧/٧.

المدعى عليه لرد شهادته، ثم أقام المدعي شاهداً ثانياً كان قد نسيه أو لم يعلم به، فإنه يقبل منه ويضم للشاهد الأول[1].

وإذا أقام المدعي بينة وتمت تزكيتها أعذر القاضي إلى المطلوب: (المدعى عليه) بقوله: أبقيت لك حجة؟ وهل لك مطعن في الشهود؟ فإما أن يقول: نعم، أو لا، أو يسكت، وسيأتي ذلك[2]. إلا شاهد إقرار المدعى عليه بمجلس القاضي فلا إعذار فيه لمشاركة القاضي له في سماع الإقرار وإلا مزكي السر الذي تقدم ذكره، فلا إعذار فيه، وليس على القاضي تسميته، وإلا المبرز ـ وهو الفائق في العدالة ـ فلا إعذار فيه، إلا إذا كان عدواً للمشهود عليه عداوة دنيوية، أو قريباً للمشهود له فيعذر فيه. وإلا من يخشى منه الضرر على من شهد عليه فلا إعذار فيه بل يتنزل القاضي منزلة المشهود عليه في التفتيش عن حال الشاهد من جرح وغيره.

وإذا قال المدعى عليه بعد الإعذار إليه: نعم بقيت لي حجة ومطعن في البينة أنظره القاضي لها فيحدد لها فترة زمنية بالاجتهاد، ثم إن لم يأت بحجة معتبرة حكم القاضي عليه بمقتضى الدعوى. ومحل إنظاره إن لم يتبين لدده، وإلا حكم عليه من حين تبين اللدد.

كما يحكم القاضي عليه إذا نفى حجته بأن قال: لا حجة عندي وإذا حكم عليه بعد إنظاره فإنه يحكم بعجزه، ويسجل تعجيزه في سجل القضاء مخافة أن يدعي أنه باق على حجته، وأن القاضي لم ينظره. إلا إذا كانت دعواه في دم كأن يدعي أن المدعى عليه قتل وليه عمداً، أو كانت الدعوى من امرأة ادعت أنها مطلقة، أو دعوى نسب أو حبس، فلا يُعَجَّزُ أصحاب هذه الدعاوى، فمتى جاء أحدهم ببينة حكم بمقتضاها[4].

---

(١) شرح الزرقاني لخليل ١٣٨/٧.
(٢) الشرح الصغير ٢١٣/٤ ـ ٢١٥.
(٣) المرجع السابق.
(٤) جواهر الإكليل ٢٢٧/٢.

وإذا لم يُجب المدعى عليه بنفي ولا إثبات، فإنه يُحبس ويُؤدب باجتهاد القاضي في قدر الحبس والضرب، ثم إن استمر في عدم الجواب حكم عليه بلا يمين من المدعي، لأنها فرع الجواب، وهو لم يجب[1]. وإن أنكر أصل المعاملة؛ كأن ينكر المطالبة بدين فيقيم المدعي بينة بثبوته، ثم يقيم المدعى عليه بينة بقضاء الدين - فلا تقبل بينته بالقضاء لأنه كذبها مسبقاً بإنكاره أصل المعاملة.

أما إذا قال للمدعى عليه: لا حق لك علي فأقام المدعي بينة عليه بالحق، ثم أقام هو بينة بالقضاء، فتقبل بينته هذه، لأنه لم ينكر المعاملة، وإنما أنكر الحق المطلوب به، وظاهر مختصر خليل أن الفرق بين هذه الصيغة والتي قبلها في حق العامي وغيره، وهو ظاهر. قاله عق. وتعقبه البناني فقال: «وأما العامي فقد نقل الحطاب في باب الوكالة عن الرعيني أنه لا فرق بينهما في حقه، وأنه يعذر في كل منهما»[2] اهـ.

* * *

وَكُلُّ دَعْوَى لَا تَثْبُتُ إلَّا بِعَدْلَيْنِ فَلَا يَمِينَ بِمُجَرَّدِهَا وإلَّا تَوجَّهَتْ، وَلَا يَحْكُم لِمَنْ لَا يَشْهَدُ لَهُ إلَّا بِإقْرَارٍ اخْتِيَاراً.

وَأمَرَ بِالصُّلْحِ ذَوِي الفَضْلِ والرَّحِمِ وَوَجَبَ إن خَشِيَ تَفَاقُمَ الأَمْرِ ونُبِذَ حُكْمُ جَائِرٍ وَجَاهِلٍ لم يُشَاوِرْ وَإلا تُعقبَ وَمَضَى الصَّوَابُ، وَلَا يُتَعَقَّبُ حكمُ العَدْلِ العَالِمِ.

وَرَفَعَ الخِلَافَ لَا أَحلَّ حَرَاماً.

* * *

(١) شرح الزرقاني لخليل ١٤٢/٧.

(٢) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ١٤٢/٧.

وجملته أن كل دعوى لا تثبت إلا بشهادة عدلين، كنكاح وطلاق وعتق وقذف وقتل، فلا يمين على المدعى عليه بمجردها، وليس له ردها على المدعي، وإلا تتجرد بل أقام المدعي عليها شاهداً فقط فإن اليمين تتوجه إلى المدعى عليه لرد شهادة الشاهد الواحد. إلا في النكاح وحده، فلا تتوجه فيه مع الشاهد، فلو ادعى رجل أن فلاناً زوجه ابنتهُ فأنكر الأب وأقام المدعي شاهداً فلا يمين على الأب ولا يثبت النكاح، والفرق بين النكاح وغيره أن الغالب فيه الشهرة[1]. فشهادة الواحد فيه ريبة. بخلاف غيره من عتق وطلاق فلا يغلب فيهما الشهرة، فلا ريبة في شهادة الواحد، فلذا أمر المدعى عليه باليمين لرد شهادته.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: فالسنة عندنا أن العبد إذا جاء بشاهد على عتاقته استُحلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه. قال مالك: وكذلك السنة عندنا أيضاً في الطلاق إذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها ـ أحلف زوجها ما طلقها، فإذا حلف لم يقع عليه الطلاق»[2] اهـ.

والأصل فيه أيضاً حديث: «شاهداك أو يمينه». متفق عليه عن الأشعث بن قيس مرفوعاً[3].

ولا يحكم القاضي لمن لا تصح شهادته له كأبيه وابنه وأخيه وزوجته، لكن يجوز له الحكم عليه، وكذا لا يحكم على من لا يشهد عليه لعداوة، وجاز أن يحكم له. وهذا إذا كان الحكم يحتاج إلى بينة لأنه يتهم فيه بالتساهل، أما إذا لم يحتج لبينة بأن أقر المدعى عليه بمجلسه اختياراً طائعاً، فله أن يحكم في المسألتين لبعد التهمة[4].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢١٨.

(٢) الموطأ ٢/ ٧٢٢.

(٣) نيل الأوطار ٩/ ٢١٦.

(٤) جواهر الإكليل ٢/ ٢٢٨ والشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٢١٩.

وندب للقاضي أن يأمر ذوي الفضل من أهل العلم وذوي الرحم من الخصماء بالصلح، لأنه أقرب لتأليف النفوس ويُذهب غل الصدور، بخلاف فصل القضاء فإنه يورث العداوة والبغضاء.

وهذا فيما يجوز فيه الصلح وإلا فلا.

والأصل في ذلك حديث: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». أخرجه أبو داود والترمذي وصححه ابن حبان عن أبي هريرة مرفوعاً(١). وأخرج البيهقي بسنده عن محارب بن دثار قال: قال عمر: «ردوا الخصوم لعلهم أن يصطلحوا، فإنه أبرأ للصدق وأقل للحنات». وفي رواية له عن علي بن بذيمة الجزري قال: قال عمر بن الخطاب: «ردوا الخصوم إذا كان بينهم قرابة، فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن». قال البيهقي: «هذه الروايات عن عمر منقطعة»(٢).

ويجب أمر المتخاصمين بالصلح إذا خشي القاضي تفاقم الأمر، أي شدة العداوة بينهما وحدوث الفتنة. قال اللخمي: «لا يدعو إلى الصلح إذا تبين الحق، لأحدهما، إلا أن يرى لذلك وجهاً. قال: وكذلك إذا أشكل الحكم عليه فإنه يقف ولا يحكم، وكذلك إذا تبين له الحق وهو يرى أنه متى أوقع الحكم تفاقم الأمر بين المتنازعين، وعظم الأمر وخُشيت الفتنة». نقله المواق(٣).

وهذا ما أشار إليه ابن عاصم في التحفة بقوله:

«الصُّلح يُستَدعَى له إن أشكلا حُكمٌ وإن تَبَيَّنَ الحقُّ فلا
مالم يخف بنافِذِ الأحكام فتنةً أو شحْنَا أُولي الأرحامِ»(٤)

(١) تلخيص الحبير ٣/ ٤٤ وبلوغ المرام ص ١٧٩.
(٢) السنن الكبرى ٦/ ٦٦.
(٣) التاج والإكليل ٦/ ١٣٣.
(٤) البهجة في شرح التحفة ١/ ٣٧.

ووجب نبذ حكم جائر يميل عن الحق في حكمه عمداً، ومنه من يحكم بمجرد الشهادة من غير نظر لتعديل، يجب طرح حكمه ونقضه، كما يجب نقض حكم جاهل لم يشاور العلماء ـ ولو حكم صواباً، لأن حكمه مبني على التخمين، أما إن كان يشاور العلماء، فإن حكمه يتعقب فإن كان صواباً مضى وإلا نُبذ.

ولا يتعقب حكم العدل العالم، فلا ينظر فيه من تولى بعده، لئلا يؤدي ذلك إلى الهرج والخصام، لكن إن عثر على خطئه من غير تفحص وجب نقضه على من عثر عليه(١).

ورفع حكم الحاكم الخلاف الواقع بين الأئمة في خصوص النازلة التي حكم فيها، فإذا حكم بصحة عقد أو فسخه لم يجز لقاض نقضه ولا لمفت أن يفتي بغيره، فلو حكم قاض مالكي بفسخ نكاح من تزوج مبتوتة ونيته أن يحلها لمن طلقها ثلاثاً فلا يجوز لحنفي تصحيحه(٢).

ومع أن حكم الحاكم العدل العالم يرفع الخلاف في الظاهر فإنه لا يحل حراماً للمحكوم له فيما ظاهره الجواز وباطنه المنع، بحيث لو اطلع القاضي عليه لم يحكم بجوازه فلو ادعى إنسان على آخر ديناً يعلم براءته منه، وأتى بشاهدي زور على الدين وحُكم له به، فإنه يحرم عليه أخذه، لأنه أكل بالباطل.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ وتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾(٣).

قال القرطبي: «ومن الأكل بالباطل أن يقضي القاضي لك، وأنت تعلم

(١) الشرح الصغير ٤/٢١٩.
(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٢٢١- ٢٢٢.
(٣) البقرة ١٨٨.

أنه مبطل، فالحرام لا يصير حلالاً بقضاء القاضي، لأنه إنما يقضي بالظاهر، وهذا إجماع في الأموال»(١) اهـ.

وفي الموطإ والصحيحينَ واللفظ لمالك عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليَّ، فلعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحوما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً؛ فإنما أقطع له قطعة من النار»(٢).

ولا فرق في ذلك بين الأموال والفروج، وبه قال الشافعي وأحمد، وصاحبا أبي حنيفة. وقال أبو حنيفة: لا يُحلّ قضاء القاضي حراماً في الأموال، ويحله في الفروج، فلو شهد شاهدا زور على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فقضى القاضي بالبينونة، ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها مع علمه بأن الحكم بُني على زور منه ومن الشاهد الآخر(٣).

* * *

وَنَقَضَ مَا خَالَفَ قَاطِعاً أو جَلِيَّ قِيَّاسٍ ، وبَيَّنَ السَّبَبَ. وَإِنْ قَالَ: نَقَلْتُ الْمُلْكَ أَوْ فَسَخْتُ الْعَقْدَ أو أَقْرَرْتُهُ فَذَلِكَ حُكْمٌ. وَلَا يَسْتَنِدُ لِعِلْمِهِ إِلاَّ في التَّعْدِيلِ وَالْجَرْحِ كَالشُّهْرَةِ بِهِمَا، وَإِقْرَارِ الخَصْمِ بِالعَدَالَةِ.

* * *

يعني أن حكم القاضي العدل العالم يُنقض إن خالف نصاً قاطعاً من كتاب أو سنة صحيحة أو إجماع، كحكمه بشهادة كافر على مسلم، لأنه

(١) تفسير القرطبي ٢/ ٣٣٨.
(٢) الموطأ ٢/ ٧١٩ وزاد المسلم ١/ ٩٦- ٩٧.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٣٩٧ والمغني ٩/ ٥٨- ٥٩ وبدائع الصنائع ٧/ ١٥.

مخالف لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ ﴾[1] وكحكمه بصحة نكاح خامسة لمخالفته للكتاب والسنة والإجماع وكحكمه بالميراث كله لأخ دون جد معه، لأن الأمة على قولين: أحدهما أن المال كله للجد، والآخر أن المال بينه وبين الأخ، أما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد من الأئمة[2].

كما أن الحكم ينقض إن خالف قياساً جلياً، وهو ما قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع، كقياس الضرب على التأفيف للوالدين في قوله تعالى: ﴿ فَلا تَقُل لَهُمَا أُفٍّ ﴾[3] وما فوق الذرة عليها في قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ ﴾[4] فالقياس في هذين من باب أولى. وكذا ما قطع فيه بالمساواة وإن لم يكن أولى، كقياس إتلاف مال اليتيم على أكله. فكل حكم خالف مثل هذين النوعين من القياس فإنه يجب نقضه.

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة[5].

وفي حالة نقض الحكم فإن على الناقض أن يبين السبب الذي نقض الحكم من أجله، لأن ذلك يبعده عن تهمة الجور واتباع الهوى في نقض الأحكام[6].

وإذا حكم القاضي بحكم اجتهد فيه وكان أهلاً لذلك بأن كان مجتهداً مطلقاً، أو مجتهد ترجيح، ورأى أن غير ما حكمَ به أصوب ـ فإنه ينقضه هو على المشهور، ما دام في ولايته التي حكم فيها بـه[7]، لما في سنن الدارقطني والبيهقي وغيرهما أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي موسى

(١) الطلاق ٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٢٢٤ـ ٢٢٥.
(٣) الإسراء ٢٣.
(٤) الزلزلة ٧.
(٥) مغني المحتاج ٤/ ٣٩٦ والمغني ٩/ ٥٦.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٢٢٧.
(٧) شرح الزرقاني مع حاشية البناني ٧/ ١٤٧ـ ١٤٨.

الأشعري كتاباً، وفيه: «لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهُدِيت فيه لرشدك ـ أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل»(١).

أما غير القاضي الذي حكم فيما رأى أن غيره أصوب ـ فلا يجوز له نقضه إلا إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو جلي قياس كما تقدم.

أما المقلد الذي ليس من أهل الترجيح ـ كما هو الحال في هذا الزمان فإنه إن حكم بغير مشهور مذهب إمامه ينقض حكمه منه ومن غيره، لأن حكمه بغير المشهور لا يعتبر. قال ابن عرفة: «لا يعتبر من أحكام قضاة أهل العصر إلا ما لا يخالف المشهور ومذهب المدونة. وتبعه على هذه المقالة تلميذه البرزلي حيث قال: الذي جرى عليه العمل أن لا يحكم القاضي بغير مشهور مذهب مالك». نقله البناني(٢).

وفي ذلك يقول ناظم العمليات:

«حكم قضاة الوقت بالشذوذ يُنقض لا يتم بالنفوذ
ومن عَوَامَ لا تُجِز ما وافقا قولاً فلا اعتبار منهم مطلقاً».

نقله التسولي. وقال: «ومراده بالشاذ: ما قابل المشهور أو الراجح».

ومراده بالعوام: المقلدون، أي لا تجز أحكامهم بغير المشهور، وإن وافقت بعض الأقوال»(٣) اهـ.

وإذا قال القاضي: نقلت ملك هذه السلعة لمدعيها أو فسخت العقد الفلاني، أو أبطلته أو رددته ـ فإن ذلك يعتبر حكماً منه؛ بخلاف ما إذا قال: لا أجيزه، فلو زوجت امرأة نفسها بدون ولي ورفع أمرها لقاض وقال: لا أجيز

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٢٠٦. والسنن الكبرى ١٠/ ١١٩.
(٢) حاشية البناني على الزرقاني ٧/ ١٤٨.
(٣) البهجة وشرح التحفة ١/ ٢٢.

هذا، فلا يعتبر ذلك حكماً. وكذلك الفتوى من القاضي أو المفتي فلا تعتبر حكماً وإنما هي إخبار بالحكم؛ لا يلزم بها من كانت ضده[1].

ولا يجوز للقاضي أن يستند لعلمه فيما يحكم به، بل لا بد من بينة أو إقرار من المدعى عليه، إلا في التعديل والتجريح، فإذا علم بعدالة شاهد، أو علم بجرحه فإنه يستند لعلمه في كلتا الحالتين.

كما أن له أن يستند لشهرة الشاهد بالعدالة أو الجرح قال المواق: «من المدونة: «قال مالك: من الناس من لا يسأل عنه، ولا تطلب فيه تزكية لعدالتهم عند القاضي، قال ابن عبد الحكم: من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه، لاشتهار عدالته، ومنهم من لا يسأل عنه لشهرته بغير العدالة، وإنما يكشف عمن أشكل عليه، وقد شهد ابن أبي حازم عند قاضي المدينة، فقال: أما الإسم فاسم عدل ولكن من يعرف أنك ابن أبي حازم فأعجب ذلك مشايخنا»[2] اهـ.

وقال الدردير: «شهد المزني عند القاضي: بكار، فقال له: من أنت؟ فقال: أنا المزني صاحب الشافعي، فقال القاضي: الاسم اسم عدل، ومن يشهد أنك المزني؟ فقال الحاضرون: هو المزني فحكم بشهادته، فقال المزني: سترني القاضي ستره الله»[3] اهـ.

ونقل ابن عبد البر الإجماع على أن القاضي يستند لعلمه في التعديل والتجريح قال التاودي عند قول ابن عاصم في التحفة:

«وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم منهم باتفاق العلما»

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢٢٧- ٢٢٨.

(٢) التاج والإكليل ٦/ ١٤٠.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٣٠- ٢٣١.

ما نصه: «حكاه ابن رشد وأبو عمر معبراً بالإجماع»[1].

وإذا شهد عدل فأكثر عند قاض بأمر يعلم خلافه فليس لهَ رد شهادته لعدالته، ولا يحكم بها لمخالفتها للواقع، وعليه أن يرفع ذلك لقاض آخر، فينزل عن رتبة القاضي إلى رتبة الشاهد. قال في التحفة:

«وعَـدْلٌ إن أدى على مَن عندَه خـلافـه مـنـع أن يـرُدَّه
وحـقـه إنهـاء مـا فـي عـلمـه لمن سـواه شـاهـداً بحكمه»[2]

وللقاضي أن يستند لإقرار الخصم بعدالة من شهد عليه فيحكم بها، ولو علم القاضي عدم عدالة الشاهد، لأن إقرار الخصم بعدالة الشاهد كإقراره بالحق له[3].

* * *

وَقَرِيبُ الْغَيْبَةِ كَالْحاضِرِ، والْبَعِيدُ جِدّاً يُقْضَى عَلَيْهِ بِيَمِينِ الْقَضَاءِ كَالْمَيِّتِ وَالْيَتِيمِ والْفُقَرَاءِ. وَسَمَّى الشُّهُودَ وإلاَّ نُقِضَ.

وحَكَمَ بِغائِبٍ يَتَمَيَّزُ بِالصفَةِ وَالدَّعْوَى حَيْثُ المُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى الأَرْجَحِ وَمُكِّنَ مُدَّعٍ لِغَائِبٍ بِلاَ تَوْكِيلٍ إنْ خِيفَ ضَيَاعُ مَالٍ. وَلاَ يَحْكُمُ في غَيْرِ وِلاَيَتِهِ.

* * *

يعني أن الغائب غيبة قريبة ـ كاليومين والثلاثة مع الأمن ـ يعتبر بمنزلة الحاضر في سماع الدعوى عليه، فإن شهدت عليه بينة أُرسل إليه بالإعذار

(١) حلي المعاصم هامش البهجة شرح التحفة ١/ ٤٠.
(٢) البهجة شرح التحفة ١/ ٤٣.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٣١.

فيها، وأنه إما أن يقدَم أو يوكِّل من ينوبُ عنه في الخصام، فإن قدِم أو وَكَّل فذاك، وإلا حُكم عليه في كلِّ شيءٍ، ويُباع عقارُه في الدين ويُعَجَّز، إلا في دمٍ ونسبٍ وغيرهما من المسائل التي تقدم أنها لا يعجز فيها[1].

أما الغائب غيبة بعيدة كإفريقية: (تونس) من المدينة المنورة ـ فإنه يقضى عليه في كل شيء، بعد إقامة البينة عليه، وحلف المدعي يمين القضاء فيحلف بثبوت حقه هذا على المدعى عليه، وعدم إبرائه منه، وأن الغائب ما وكل من يقضيه، ولا أحاله على أحد ـ في كله أو بعضه[2].

ويمين القضاء هذه واجبة لا يتم القضاء إلا بها على مشهور المذهب لأنها لرد دعوى. وقيل: إن الحكم بدونها لا ينقض، لأنها مقوية للحكم فقط.

- وكما أنها تجب في شأن بعيد الغيبة فإنها تجب في شأن الميت واليتيم،
- فمن ادعى عليهما حقاً وأتى عليه ببينة ـ فلا بد معها من اليمين أنه ملكه، وأنه ما وهبه ولا تصدق به ولا حبسه على الميت أو اليتيم.
- كما أنها تجب في شأن الفقراء فمن ادعى أن ما حُبِّس عليهم لم يُحَز عن المحبِّس حتى مات فلا بد له بعد البينة من يمين القضاء.
- ومثل ذلك الدعوى على بيت المال؛ فإذا ادعى إنسان أنه معدم ليأخذ حقه من بيت المال، أو أنه يرث الميت الذي وضع ماله في بيت المال لعدم وجود وارث له ـ فلا بدَّ له من يمين القضاء مع البينة[3].
- ومن ذلك اليمين المتوجهة في استحقاق غير العقار، فإذا ادعى إنسان على آخر ـ مثلاً ـ أن هذا الجمل له وأقام عليه بينة فلا بد معها من يمين القضاء، لتشابه الحيوان، بخلاف غير الحيوان كالعقار فإنه لا يحلف فيه.

---

(١) التاج والإكليل ٦/١٤٣ ـ ١٤٤.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٢٣١ ـ ٢٣٢.
(٣) المرجع السابق.

هذا ما قرره ابن رشد، وقيل يحلف مطلقاً، وقيل لا يحلف[1].

وفي ذلك يقول الشيخ محمد العاقب بن مايابي في نظمه لنوزال الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم:

«لَا يَستقِيمُ الحكمُ لِلذي قضَى   إلا بـإعْـمـالِ اليَمين لِلقضَـا
وَهْـي لـغـائـبٍ وَطِـفْـلٍ بَـيـتِ   مَـالٍ ومِسكـين وحُـبْس مَـيْـتِ
وشَـمـلتْ يَـمِـين الاِسْـتـحـقـاقِ   في غير أصْلٍ أو عَلى الإطلاق»[2]

وأما الغائب غيبة متوسطة ـ وهي مسافة عشرة أيام مع الأمن أو يومين مع الخوف ـ فإنه يقضى عليه مع يمين القضاء في غير استحقاق العقار، أما العقار فلا تسمع الدعوى فيه على من غاب غيبة متوسطة، لكثرة المشاحة فيه بخلاف بعيد الغيبة جداً فإن في انتظاره ضرراً شديداً على المدعي.

تنبيـــه: ما ذُكر في الغيبة البعيدة والمتوسطة محله ـ والله أعلم ـ في زمن تصعب فيه المواصلات وتنقطع فيه أخبار الغائب من أجل ذلك، أما في هذا الزمن الذي انتشرت فيه وسائل الاتصال بمختلف أنواعها ـ فإن الغائب إذا كان معلوم المكان ـ باستطاعة القاضي أن يكتب إليه مباشرة أو عن طريق قاضي البلد الذي هو فيه، هذا بالنسبة لوجوده في بلد إسلامي.

وإذا كان يوجد في غير بلد إسلامي ـ فإن الاتصال به ـ يمكن عن طريق سفارة بلد القاضي الذي يكتب إليه، أو سفارة بلد الغائب نفسه، مع اتخاذ الإجراءات اللازمة لتثبيت ختم القاضي وما يميزه ويؤكد ولايته عند الجهة المعنية، حتى لا يحكم عليه غيابياً دون أن يشعر.

أما إذا كان في بلد لا يمكن أو يصعب ـ الاتصال به، لكونه بلد

---

(١) الشرح الكبير للدَّردير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ١٦٢.

(٢) مرجع المشكلات ص ١٣٦.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٣٣.

حرب، كوجوده في دويلة اليهود: (إسرائيل) وكان لا يمكن الاتصال به إلا عن طريق سلطاتها ـ فإن الحكم عليه غيابياً أمر وارد، إلا إذا أمكن الاتصال به بواسطة بلد له علاقة بهذه الدويلة.

هذا ما ظهر لي والله أعلم.

وإذا حكم القاضي على الغائب غيبة بعيدة أو متوسطة فعليه أن يسمي الشهود الذين ثبت الحق بهم على الغائب ـ إذا قدم، ويسمى مَن عدلهم إن احتاجوا إلى التعديل، فإن لم يسمهم أو لم يحلف المدعي يمين القضاء نُقض حكمه(١).

وقوله: «وحكم بغائب يتميز..» إلخ يعني أن المدعى به إما أن يكون غائباً أو حاضراً، فإن كان غائباً ويتميز بالصفة كعقار وحيوان وغيرهما من المقومات ـ حكم القاضي به غائباً لمن استحقه، وإن كان الغائب لا يتميز بالصفة كقمح وغيره من المثليات، فإن شهدت بينة بقيمته حكم به غائباً، وإلا فلا. وأما إن كان المدعى به حاضراً فلا بد من إحضاره مجلس الحكم، تميز بالصفة أم لا(٢).

والأرجح أن الدعوى تكون بالمكان الذي فيه المدعى عليه، وقيل إنها تكون ببلد المدعى به، والخلاف في العقار وغيره من المعينات، وأما الدَّيْن فَحَيث المدعى عليه اتفاقاً(٣).

وإذا كان للغائب مال حاضر، وخيف عليه من غاصب ونحوه، أو له دين على من يخشى فراره ـ وأراد قريب أو أجنبي غير وكيل أن يخاصم عنه ـ ابتغاء وجه الله ـ فإنه يمكن من الخصام عنه حفظاً للمال، هذا قول ابن القاسم، وهو المشهور، وقال ابن الماجشون: لا يمكن من الخصام.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) حاشية الدسوقي ١٦٣/٤.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٣٤.

ومحل الخلاف إذا كان من يريد الخصام: لا حق له في ذلك المال، ولا ضمان عليه فيه، أما من له فيه حق كَمن تلزم الغائب نفقته من زوجة وغيرها، أو كان عليه فيه ضمان كمستعير لما يغـاب عليه ومرتهن فإنه يمكن من الخصام اتفاقاً. وليس لقاض أن يحكم في غير ولايته، لأنه في غيرها كآحاد الناس(١).

تنبيــه: لا يجوز اشتراك قاضيين فأكثر في قضية واحدة، بحيث يتوقف نفوذ حكم واحد على حكم آخر. أمّا تولي أكثر من قاض مستقل فجائز سواء كان كلهم يحكم مستقلاً في جميع أنحاء الدولة، أو يحكم في ناحية خاصة، وسواء كلفوا كلهم بالحكم في جميع أبواب الفقة، أو كلف بعضهم بأبواب خاصة كأبواب النكاح، وكلف بعضهم بأبواب أخرى ، كأبواب الجنايات وما إلى ذلك.

قال الباجي ـ نقلاً عن الشيخ أبي إسحاق في زاهيه: «والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعاً حاكماً في قضية واحدة، وأما أن يستقضي في البلد الحكام والقضاة، فينفرد كل واحد منهم بالنظر فيما يرفع إليه من ذلك فجائز.

والدليل على ذلك أن هذا إجماع الأمة لأنه لم يخالف في ذلك أحد من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا، ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان، ولا بلد من البلدان، وقد قام في البلد الواحد عدد من الحكام، فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذي يرفع إليه، لا يشركه فيه غيره». ثم ذكر أن هذا لا يتعارض مع تحكيم رجلين في جزاء الصيد، وبين الزوجين، لأن ذلك ليس بولاية(٢).

وذكر الدسوقي نحو هذا الكلام عند قول خليل: «وجاز تعدد مستقل أو

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٢٣٥.
(٢) المنتقى ٥/ ١٨٢ـ ١٨٣.

خاص بناحية أو نوع»[1]. وقد نقل عن ابن عرفة قوله: «وهذا في القضاة، أما تحكيم شخصين في نازلة معينة، فلا أظنهم يختلفون في جوازه، وقد فعله علي ومعاوية في تحكيمهما أبا موسى وعمرو بن العاص»[2] اهـ.

وبنحوه قال الشافعي وأحمد وأصحاب أبي حنيفة قال في المنهاج: «ولو نصب قاضيين في بلد، وخص كلاً بمكان أو زمان أو نوع جاز، وكذا إن لم يخص في الأصح، إلا أن يشرط اجتماعهما على الحكم». قال شارحه في مغني المحتاج: «فلا يجوز، لما يقع بينهما من الخلاف في محل الاجتهاد، فلا تنفصل الخصومات»[3] اهـ.

وقال في المغني: «ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد، يجعل لكل واحد عملاً، فيولي أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم في المداينات، وآخر النظر في العقار.

ويجوز أن يولي كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد.

فإن قلد قاضيين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، اختاره أبو الخطاب، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات، لأنهما يختلفان في الاجتهاد، ويرى أحدهما مالا يرى الآخر، والآخر يجوز ذلك وهو قول أصحاب أبي حنيفة، وهو أصح إن شاء الله». قال: «وقولهم: يفضي إلى إيقاف الحكومات غير صحيح، فإن كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين إليه، وليس للآخر الاعتراض عليه، ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده»[4] اهـ.

---

(١) مختصر خليل ص ٢٥٩.
(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٤.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩- ٣٨٠.
(٤) المغني ٩/ ١٠٥- ١٠٨.

قلت: يلاحظ أن الشافعي وأحمد وأصحاب أبي حنيفة متفقون مع مالك في جواز تعدد القضاة إذا كان كل واحد مستقلاً بحكمه، أما إذا كان غير مستقل بالحكم، بحيث يتوقف نفوذ حكمه على مشاركة غيره، فالأصح عندهم عدم جواز ذلك.

وانظر هذا مع ما هو شائع في الكثير من المحاكم الإسلامية اليوم، من تعدد القضاة في محاكم الاستئناف والتمييز أو النقض، من صدور الحكم الواحد عن قضاة بدلاً من قاض واحد.

اللهم إلا إذا كان المنع خاصاً باشتراك مجتهدين في حكم واحد، وهو ما أشير إليه آنفاً في مغني المحتاج والمغني من تعليل المنع بالاختلاف في محل الاجتهاد. بل إن الشربيني صرح بذلك فقال: «وقضية هذا التعليل أنه لو ولى الإمام مقلدين لإمام واحد ـ وقلنا تجوز ولاية المقلد ـ أنه يجوز، وإن شرط اجتماعهما على الحكم، لأنه لا يؤدي إلى اختلاف، لأن إمامهما واحد»[1] اهـ.

وقد نقل العلامة الشيخ سيدي محمد العزيز جعيط التونسي عن المازري المالكي أنه قال: «وعندي أنه لا يقوم دليل على المنع إذا اقتضت ذلك المصلحة، ودعت إليه الضرورة في نازلة يرى الإمام أنه لا يثلج صدره، وترتفع فيه التهمة إلا بقضية رجلين»[2] اهـ.

* * *

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ٣٨٠.

(٢) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية ص ٢٨٨. الطبعة الثانية مكتبة الاستقامة ٣٧ ـ ٣٩ سوق العطارين تونس (مطبعة الإرادة).

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ ومَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مِنَ الأَحْكَام

يُشْتَرَطُ فِي الشَّاهِدِ الْعَدَالَةُ، وَالْعَدْلُ هُوَ الحُرُّ المُكَلَّفُ، بِلاَ فِسْقٍ وَحَجْرٍ وَبِدْعَةٍ، ذا مُروءةٍ، بِتَرْك غَيْرِ لاَئِقٍ، وَإِنْ أَعْمَى فِي قَوْلٍ أَوْ أَصَمَّ فِي فِعْلٍ.

* * *

الشهادة لغة تطلق على الحضور، تقول: شَهدت مجلس القوم، أي حضرته، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾[1] أي من كان حاضراً مقيماً، وتطلق على الإعلام والتبيين، ومنه قوله عز وجل: ﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ﴾[2] أي علم وبين وتطلق على غير ذلك.

وشرعاً: إخبار عدل حاكماً بما علم، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه، ولا يشترط في تأدية الشهادة: لفظ أشهد بخصوصه على الأظهر، إذ المدار فيها على ما يدل على حصول علم الشاهد بما شهد به، كرأيت كذا أو سمعته، وقيل يشترط لفظ الإشهاد[3].

والأصل في مشروعية الشهادة قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ

(١) البقرة ١٨٥.

(٢) آل عمران ١٨.

(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٢٣٨.

يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾[1] وقوله عز وجل: ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾[2]. وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود مرفوعاً: «شاهداك أو يمينه»[3] وتقدم أن ابن المنذر نقل الإجماع على ذلك.

ويشترط في صحة شهادة الشاهد وقبولها ـ أن يكون عدلاً، لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾[4] والعدل هو الحر المسلم ولو أنثى، فلا تصح شهادة رقيق، ولا شهادة كافر، ولو على مثله، لقوله تعالى: ﴿ ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ والكافر ليس منا، نحن المسلمين. وبه قال الشافعي[5].

وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة أهل الذمة؛ بعضهم على بعض، وإن اختلفت مللهم، كما تقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض، إن كانوا من أهل دار واحدة[6]. وقال أحمد: تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب على وصية من مات في السفر ولو مسلماً، فإذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره كافران من أهل الذمة. قبلت شهادتهما إن لم يوجد غيرهما، ويُستحلفان ما خانا ولا كتما[7].

واستدل بقوله تعالى: ﴿ يَاأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ، ثَمَناً وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الآثِمِينَ ﴾[8].

---

(١) البقرة ٢٨٣.
(٢) البقرة ٢٨٢.
(٣) زاد المسلم ١/ ٢١٩ ـ ٢٢٠.
(٤) الطلاق ٢.
(٥) مغني المحتاج ٤/ ٤٢٧.
(٦) الهداية ٣/ ١٢٤.
(٧) المغني ٩/ ١٨٢.
(٨) المائدة ١٠٦.

وانفـرد أحمد بقبـول شهادة العبـد في كل شيء إلا في الحـدود والقصاص، ويقبول شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء، أما الأئمة الآخرون فلا تقبل عندهم شهادة الرقيق، ذكراً كان أو أنثى، لأن أداء الشهادة فيه معنى الولاية، والرقيق مسلوب منها(١).

ولا يكون الشاهد إلا مكلفاً، أي عاقلاً بالغاً، فلا تصح شهادة مجنون لا يعْقل اتفاقاً، ولا شهادة صبي، لقوله تعالى: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ ﴾(٢) والصبي ليس رجلاً، إلا فيما يأتي من شهادة الصبيان بعضهم على بعض.

ولا يكون الشاهد فاسقاً بجارحة، فلا تصح شهادة زان ولا شارب خمر ولا سـارق ونحوهم، لقوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِنْ جَآءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾(٣) كما لا تقبل شهادة مجهول الحال، ولا من يصر على ارتكاب الصغائر.

ولا بد أن يكون الشاهد غير بدعي؛ فلا تصح شهادة البدعي ولو تأول كالقدري؛ وهو الذي يعتقد أن العبد يخلق أفعاله، وكالخارجي الذي يكفر بالذنب ولا سيما غير المتأول(٤).

وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، واعتمدها في الإنصاف، وروايته الأخرى أن من كانت بدعته لا تكفره تقبل شهادته، وهو المذهب عند الشافعي وأبي حنيفة. إلا أن الخطابية لا تقبل شهادتهم عندهم لاشتهارهم بالكذب(٥).

ولا بد أن يكون الشاهد ذا مروءة؛ يصون النفس عما يوجب ذمها،

---

(١) المغني ٩/ ١٩٤- ١٩٥ ومغني المحتاج ٤/ ٤٢٧.
(٢) البقرة ٢٨٢.
(٣) الحجرات ٦.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٠ وجواهر الإكليل ٢/ ٢٣٣.
(٥) الإنصاف ١٢/ ٤٧ ومغني المحتاج ٤/ ٤٣٥ واللباب ٤/ ٦٣.

وذلك بترك غير لائق، وإن كان مباحاً، كدباغة وحياكة إن كان من غير أهلهما، وكانتا تستقبحان في بلده، ولم يتوقف قوته أو قوت عياله عليهما، وإلا فلا تخلان بمروءته.

لأن المعتبر في المروءة هو عادة أهل البلد حسب الزمان والمكان، فقد يستقبح في بلد أو عصر ما يستحسن في بلد أو عصر آخر. ولذلك قال ابن عرفة معقباً على ذكر خليل للحياكة كمثال لما يُخِلُّ بالمروءة ـ: الحياكة في إقليم إفريقية من الصناعات الرفيعة، يستعملها وجوه الناس[١].

ومما لا يليق بالمروءة: الإدمان على لعب الشطرنج بغير قمار وإلا حرم. ففي المدونة: من أدمن على اللعب بالشطرنج لم تجز شهادته، وكذلك من أدمن على سماع الغِناء. قاله ابن عبد الحكم[٢]. وفيها أيضاً: ترد شهادة المغَنِّي والمغنية[٣]. ولا تقبل شهادة السفيه المحجور عليه. أما السفيه المهمل فتقبل شهادته.

وتقبل شهادة العدل الأصم في الأفعال التي يشاهدها كالسرقة والقتل والضرب والأكل، كما تقبل شهادة العدل الأعمى في الأقوال على المشهور، لأنه يدرك الأقوال ويضبطها بالسمع[٤].

وبه قال أحمد أي إن شهادة الأعمى جائزة إذا تيقن الصوت. خلافاً لأبي حنيفة، قال في الهداية: «ولا تقبل شهادة الأعمى» وقال الشافعي: تجوز شهادته في الترجمة، وفيما يثبت بالسماع بالاستفاضة، كما تقبل شهادته إن تحمل الشهادة بصيراً ثم عمي قبل أدائها، إن كان المشهود له وعليه ـ معروفي الاسم والنسب[٥].

---

(١) التاج والإكليل ٦/ ١٥٣.
(٢) المرجع السابق.
(٣) جواهر الإكليل ٢/ ٢٣٣.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٢ـ ٢٤٣.
(٥) المغني ٩/ ١٨٩ والهداية ٣/ ١٢١ ومغني المحتاج ٤/ ٤٤٦ والمهذب ٢/ ٣٣٥ـ ٣٣٦.

ودليلنا على قبول شهادة الأعمى في الأقوال، أي فيما يعرف بالسمع - ما في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إن بلالاً يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»[1]. زاد البخاري: «وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى، لا يؤذن حتى يقول له الناس: أصبحت»[2].

وقد أخرج البخاري هذا الحديث في كتاب الأذان، كما أخرجه في كتاب الشهادات وترجم له بقوله: «باب شهادة الأعمى وأمره ونكاحه وإنكاحه ومبايعته، وقبوله في التأذين وغيره، وما يعرف بالأصوات»[3].

قال في الفتح: «مال المصنف إلى إجازة شهادة الأعمى فأشار إلى الاستدلال لذلك بما ذكر من جواز نكاحه ومبايعته، وقبول تأذينه، وهو قول مالك والليث، سواء علم ذلك قبل العمى أو بعده»[4] اهـ.

* * *

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فَطِناً، جَازِماً، غَيْرَ مُتَّهَمٍ؛ لَا مُتَأَكِّدَ الْقُرْبِ مِنْ أَصْلٍ أَوْ فَرْعٍ أو زَوْجِهِمَا، وَلَا عَدُو، وَلَا إِنْ حَرِصَ عَلَى إِزَالَةِ نَقْصٍ فِيهِ، أَوْ عَلَى التَّأَسِّي أَوْ الْأَدَاءِ في غَيْرِ حَقِّ اللهِ، وَلَا إِنْ جرَّ بِها نَفعاً.

* * *

(١) زاد المسلم ١/ ٧٢.
(٢) صحيح البخاري ٢/ ٩٤٠.
(٣) المرجع السابق ٢/ ٩٣٩.
(٤) فتح الباري ٥/ ١٩٤.

يعني أن الشاهد يُشترط في قبول شهادته أن يكون فطناً، فلا تقبل شهادة مغفل تلتبس عليه الأمور العادية. إلا فيما لا يَلبِس (بكسر الموحدة) أي لا يختلط لكونه لا لبس فيه لوضوحه فتقبل شهادته فيه[1].

وبه قال الشافعي وأحمد، قال في مغني المحتاج: «ولا تقبل شهادة مغفل لا يضبط أصلاً أو غالباً لعدم التوثق بقوله» اهـ. ومثله في المغني[2].

ويشترط فيه أن يكون جازماً بما يؤدي من شهادة لا شاكاً ولا ظاناً.

وأن يكون غير متهم في شهادته بجر نفع، غير متأكد القرابة. فلا تقبل شهادَة ابن لأبويه وإن علوا ولا شهادة أب ـ وإن علا ـ لولده وإن سفل. كما لا تقبل شهادته لزوج أصله، أو فرعه وأحرى أن لا تقبل شهادته لزوجه، أي لا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر[3].

وبه قال أحمد وأبو حنيفة، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة أصل لفرع ولا شهادة فرع لأصل، ولكن تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر[4].

والأصل في عدم قبول شهادة المتهم بقرابة متأكدة ـ أثر عمر رضي الله عنه قال: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» أخرجه مالك بلاغاً وأخرجه الدارقطني والبيهقي[5].

ولا تقبل شهادة عدو على عدوه في أمر دنيوي ولا شهادته على ابن عدوه، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غِمْر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٣.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٦ والمغني ٩/١٨٨.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٤.
(٤) المغني ٩/ ١٩٣ ومغني المحتاج ٤/ ٤٣٤ واللباب ٤/ ٦٠.
(٥) الموطأ ٢/ ٧٢٠ وسنن الدارقطني ٤/ ٢٠٧ والسنن الكبرى ١٠/ ١٩٧.

لأهل البيت. والقانع الذي ينفق عليه أهل البيت». أخرجه أحمد وأبو داود ولم يذكر تفسير القانع، قاله في منتقى الأخبار.

وأخرجه أيضاً البيهقي وابن دقيق العيد. قال في التلخيص: وسنده قوي قاله في نيل الأوطار(١).

والغِمر بكسر الغين المعجمة وسكون الميم بعدها راء مهملة: الحقد والبغض(٢). قال الشوكاني: «وهذا يدل على أن العداوة تمنع من قبول الشهادة، لأنها تورث التهمة»(٣) اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد. قال في مغني المحتاج: «ولا تقبل شهادة من عدو على عدوه». واستدل بحديث عمرو بن شعيب الآنف الذكر. ومثله في المغني. وقال أبو حنيفة: تقبل إذا لم تكن العداوة بينهما تخرج إلى الفسق. قاله في رحمة الأمة، ونحوه في المغني(٤).

ولا تقبل شهادةُ مَن حرص على إزالة نقص كان فيه كأن تُرَدَّ شهادته لفسق أو صغر أو رق، ثم بعد التوبة والبلوغ والعتق يشهد بما شهد به أو لا، فلا تقبل منه، لاتهامه بالحرص على قبولها بعد إزالة المانع(٥).

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة في الفاسق وحده، فلا تقبل شهادته فيما شهد به قبل توبته، للتهمة بالحرص على إزالة ما كان يعير به من فسق، أما الصبي والرقيق والكافر فتقبل شهادتهم بعد البلوغ والعتق والإسلام، فيما ردت به شهادتهم قبل اتصافهم بالعدالة، لانتفاء التهمة. قاله في مغني المحتاج ونحوه في المغني. وعزاه أيضاً لأبي حنيفة(٦).

---

(١) نيل الأوطار ٩/٢٠١.
(٢) المرجع السابق والنهاية ٣/ ١٦٣.
(٣) نيل الأوطار ٩/ ٢٠٢.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٥ والمغني ٩/ ١٨٥ ورحمة الأمة ص ٤٢٤.
(٥) جواهر الإكليل ٢/ ٢٣٥.
(٦) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٨ والمغني ٩/ ٢٠٣.

ولا تقبل شهادة من حرص على مشاركة غيره له في المعرة، للتأسي به، ولتهون عليه المعرة، كشهادة ولد الزنا على غيره بالزنا[1]. خلافاً للثلاثة فتقبل شهادة ولد الزنا عندهم في كل شيء، بما في ذلك شهادته بالزنا[2].

ولا تقبل أيضاً شهادة من حُد في سرقة أو غيرها فيما حُدَّ فيه ليشاركه في المعرة. ومثل الحد التعزير فلا يشهد في مثل ما عزر فيه.

ولا إن حرص على قبول شهادته كأن يخاصم المشهود عليه أو يحلف على صحة شهادته. قال ابن عبد السلام: وينبغي أن يعذر العوام في ذلك. ولا تقبل شهادة من حرص على قبول شهادته، بأن رفعها إلى القاضي قبل أن تطلب منه، وهذا في محض حق لآدمي له إسقاطه كالدين والقصاص، لحديث: «خيركم قرني ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم - قال عمران -: «لا أدري ذكر ثنتين أو ثلاثاً بعد قرنه - ثم يجيء قوم يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهَدون وينذرون ولا يوفون ويظهر فيهم السِّمَن». أخرجه الشيخان عن عمران بن حصين مرفوعاً[3].

وفي رواية لمسلم من حديث عبد الله: «ثم يجيء قوم تبدر شهادة أحدهم يمينه وتبدر يمينه شهادته»[4]. ولعل في هذا دليلاً أيضاً على عدم قبول شهادة غير عامي شهد وحلف على صحة شهادته، والله أعلم.

أما في محض حق الله - وهو ما ليس للمكلف إسقاطه فيجب على الشاهد أن يبادر بأداء الشهادة فيه حسب الإمكان إن استُديم تحريمه عند عدم الرفع كشهادته على عتق رقيق يُتصرف فيه تصرف الملك ورضاع بين زوجين أو طلاق، مع عدم الكف عن المحرَّم والمطلقة[5]. ومثل ذلك إذا كانت

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٦- ٢٤٧.
(٢) اللباب ٤/ ٦٤ والمغني ٩/ ١٩٦.
(٣) زاد المسلم ١/ ١٨٣.
(٤) صحيح مسلم ٤/ ١٩٦٣.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٧- ٢٤٩.

عنده شهادة لإنسان، وذلك الإنسان يجهل ذلك..

والأصل في ذلك حديث: «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يُسألها، أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها». أخرجه مالك ومسلم عن زيد بن خالد الجهني مرفوعاً[1]. أما إن لم يُستدم تحريمه كالزنا وغيره مما تجب فيه الحدود فيخير بين الرفع وعدمه، والستر أولى في غير المجاهر بالفسق[2]. وبه قال أبو حنيفة[3].

قال الأبي ـ عند حديث: «ألا أخبركم بخير الشهداء..»: «قال عياض: فسره مالك بمن عنده شهادة لإنسان وذلك الإنسان لا يعلم أنه شاهد ويرفع ذلك إلى السلطان، وقيل: إنه فيما لا يختص بحق الآدمي، وإنما ذلك في حقوق الله كالطلاق والعتق والصدقات والوصايا العامة، فمن علم شَيئاً عن هذا النوع رفعه إلى القاضي احتساباً، قال تعالى: ﴿ وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾[4] اهـ.[5] وقال الحافظ: «جُمع بين هذا الحديث والذي قبله، بحمل الأول على حقوق الآدميين، والثاني على حقوق الله». صدر بهذا وذكر محامل أخرى[6].

ولا تقبل شهادة من جر بشَهادته نفعاً لنفسه، كشهادته بمال لمن له عليه دين، لاتهامه على أخذ ما يحصل له، وكشهادة مدين معسر بمال أو غيره كقصاص ـ لمن يطالبه بدين، لاتهامه على دفع ضرر مطالبته بالدين. هذا إذا لم يثبت عسره عند حاكم وإلا جازت شهادته له.

---

(١) الموطأ ٢/ ٧٢٠ وصحيح مسلم ٣/ ١٣٤٤.

(٢) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٩.

(٣) اللباب ٤/ ٥٤.

(٤) الطلاق ٢.

(٥) إكمال الإكمال ٥/ ٢٢ـ ٢٣.

(٦) تلخيص الحبير ٤/ ٢٠٤.

ولا إن شهد لشخص باستحقاق شيء، وقال في شهادته: أنا بعته له فلا تقبل شهادته، لاتهامه على رجوع المشتري عليه بالثمن لو لم يشهد له(١).

والأصل في هذا كله أثر عمر المتقدم: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين»، وتقدم تخريجه عن مالك والدارقطني والبيهقي.

ولا تقبل شهادة المتهم بالعصبية وهي بغض الرجل المشهود عليه لكونه من بني فلان أو من قبيلة كذا(٢). ولا تقبل شهادة المرتشي على الشهادة، لحديث: «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي» أخرجه أبو داود وسكت عنه وأقره المنذري وأخرجه ابن ماجه(٣). وقد تقدم شرح هذا الحديث مستوفى في كتاب القرض من كتابنا هذا(٤).

ولا تقبل شهادة من يُلَقِّن خصماً حجة يستعين بها على إبطال حق أو تحقيق باطل، أما العكس فلا يقدح، وهو تلقينه حجة يستعين بها على تحقيق حق أو إبطال باطل، فلا ترد شهادته بذلك(٥).

ولا تقبل شهادة من اعتاد الحلف بالطلاق والعتاق، لأنهما من أيمان الفساق، فمن تكرر ذلك منه وكثر ردت شهادته قال ناظم النوازل:

«وكثرةُ الحَلِف بالطَّلاق فِسقٌ وَعَيبٌ مُوجب الفراق»

وترد شهادة من تكرر منه التفات في الصلاة ولو نفلاً لغير عذر، لما في ذلك من عدم الاكتراث بها والتهاون بأدائها، وكذلك تأخير الصلاة عن وقتها الاختياري عمداً، وعدم إتقان الوضوء والغسل وغيرهما من شروط الصلاة

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٧٦- ١٧٩.
(٢) جواهر الإكليل ٢/ ٢٣٧.
(٣) مختصر سنن أبي داود ٥/ ٢٠٧.
(٤) تبيين المسالك ٣/ ٤٦٤.
(٥) جواهر الإكليل ٢/ ٢٣٧.

وعدم إحكام فرائضها، كل ذلك ترد به الشهادة، كما ترد الشهادة بالتساهل في إخراج الزكاة لمن لزمته[1].

ولا تقبل شهادة مماطل، وهو من يؤخر ما عليه من الدين عند استحقاقه وقدرته على قضائه، مع الطلب أو تركه استحياء منه، إذا تكرر ذلك منه» [2]. لحديث: «مطل الغني ظلم». أخرجه مالك والشيخان، عن أبي هريرة مرفوعاً[3].

* * *

بخلافِ أخٍ لِأخٍ وَمَوْلىً ومُلَاطِفٍ وَأَجيرٍ وَشَرِيكٍ في غَيْرِهَا، وَزَائِدٍ ومُنْقِصٍ وَذَاكِرٍ بَعْدَ شَكٍّ أَوْ نِسْيَانٍ إنْ بَرَّزوا، وَلَمْ يَكُن في عِيَالِهِمْ، وبِخِلَافِهَا لِأَحَدِ أَبَوَيْهِ أَوْ وَالِدَيْهِ عَلَى الآخَرِ.

* * *

شهادة الأخ لأخيه، وشهادة المولى لعتيقه، وشهادة الصديق لصديقه الملاطف، وهو الذي يسره ما يسره ويضره ما يضره. قال ابن فرحون: هو الذي قيل فيه:

«إن أخاكَ الحقَّ مَن كانَ مَعَكْ وَمَن يَضُرُّ نَفسَه لِيَنفَعَكْ
ومن إذا رَيبُ الزمان صَدَعَكْ شتَّتَ فيكَ شملَه ليَجْمَعَكْ»[4]

هؤلاء تقبل شهادتهم إن برَّزَ الشاهد أي فاق أمثاله في العدالة ولم يكن الشاهد في عيال المشهود له[5]. والأصل في عدم قبول شهادة المنفق عليه حديث

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٧/ ١٧٢.
(٢) المرجع السابق ٧/ ١٧١.
(٣) الموطأ ٢/ ٦٧٤ وبلوغ المرام ص ١٨٠.
(٤) مواهب الجليل ٦/ ١٥٧.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٤.

عمرو بن شعيب المتقدم: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غِمر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت، والقانع الذي ينفق عليه أهل البيت». أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي وابن دقيق العيد. قال في التلخيص: وسنده قوي[1].

وقال الثلاثة: تقبل شهادة الأخ لأخيه والصديق الملاطف لصديقه، وأنه لا يشترط في قبولها تبريز الشاهد[2]. أما اشتراط التبريز عند مالك في شهادة الأخ لأخيه، والصديق الملاطف وأمثالهما فالأصل فيه أثر عمر المتقدم: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[3]. فإذا قويت التهمة كشهادة الأب لابنه والابن لأبيه لم تقبل مطلقاً. وعندما لم تقْوَ التهمة تقبل، بشرط تبريز الشاهد. والله أعلم.

ومثل الأخ والصديق الملاطف والمولى الأجير يشهد لمن استأجره، والشريك يشهَد لشريكه في غير مال الشركة، والزائد في شهادته والمنقص منها ـ بعد أدائها، والذاكر لما شهد به بعد أن شك فيه أو نسيه أوَّلاً ـ فتقبل شهادتهم إن كان الشاهد مبرزاً ولم يكن في عيال المشهود له.

أما شهادة الشريك في مال الشركة التي هو شريك فيها فلا تقبل ولو برز[4].

وبه قال أحمد وأبو حنيفة أما شهادة الشريك لشريكه في غير مال الشركة فتقبل عندهما ولو لم يكن مبرزاً[5].

وتقبل شهادة الوالد لأحد ولديه، والولد لأحد أبويه على الآخر إن لم يظهر ميل من الوالد أو الولد لمن شهد له، وإلا لم تقبل.

---

(١) نيل الأوطار ٩/ ٢٠١.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٥ والمغني ٩/ ١٩٤ واللباب ٤/ ٦١.

(٣) الموطأ ٢/ ٧٢٠ وسنن الدارقطني ٤/ ٢٠٧ والسنن الكبرى ١٠/ ١٩٧.

(٤) الشرح الصغير ٤/ ٢٤٥.

(٥) اللباب ٤/ ٦١ والمغني ٩/ ١٨٥ـ ١٨٨.

أما شهادة الأب على ابنه والولد على أبيه ـ لأجنبي فتقبل مطلقاً، كما تقبل شهادة العدو لعدوه لأنها بمثابة الشهادة على النفس قال تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بَالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ ﴾(١) وبه قال الثلاثة(٢).

* * *

وقُدِحَ في المُتَوَسِّطِ بكُلٍّ، وَفي المُبرِّزِ بِعَدَاوَةٍ وقَرَابَةٍ وإِجْرَاءِ نَفَقَةٍ عَلَيْهِ، كَغَيْرِهَا عَلى الأَرْجَحِ.

وَإِنَّمَا يُزَكِّي مُبرِّزٌ عَارِفٌ فَطِنٌ مُعْتَمِدٌ عَلَى طُولِ عِشْرَةٍ، بَأَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ رِضىً. وَوَجَبَ إِنْ بَطَلَ حَقٌّ أَوْ ثَبَتَ بَاطِلٌ.

* * *

يعني أن المتوسط في العدالةِ ـ وهو غير المبرز ـ يقدح فيه بكل قادح من تجريح أو قرابة أو عداوة أو كونه في عيال المشهود له أو غير ذلك مما تقدم. أما المبرز فيُقدح فيه بعداوة أو قرابة للمشهود له، أو كونه مُنفقاً عليه. وتقدم أن المبرز هو الفائق في العدالة.

فترد شهادة المبرز بثبوت إحدى هذه الثلاث عليه ولو كان ثبوتها عليه ممن هو دونه في العدالة، كما يُقدح فيه بغير هذه الثلاث من أنواع الجرح على الأرجح، وهو قول سحنون، ومقابله قول أصبغ أن المبرز لا يقدح فيه إلا بتلك الثلاث الآنفة الذكر(٣).

---

(١) النساء ١٣٥.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٤ـ ٤٣٥ ورحمة الأمة ص ٤٢٤.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٨٢ـ ٢٨٣.

وقوله: «وإنما يزكي مبرِّز» يعني أن الشاهد لا يزكيه إلا مبرز فلا يُقبل تعديله من عدل عادي وإلا احتاج لمن يعدله. ولا بد أن يكون المبرز فطِناً لا يخدع، بحيث لا يخفى عليه إدراك المموه بإظهار الصلاح المخالف لخبث السريرة، وأن يكون معتمداً في معرفة أحوال الشاهد على طول عشرة، ويُرجع في طولها للعرف بحيث يكون من أهل سوقه أو أهل محلته، إلا لعذر، كأن لم يوجد من يصلح للتزكية من أهل سوقه أو محلته، فحينئذ تقبل التزكية من غير أهلها[1].

ولا بد من تعدد المزكي والمجرح فلا يقبل في التزكية ولا في التجريح أقل من مبرزين قال في التحفة:

«وشاهدٌ تعديلُه بِاثْنَيْنِ كَذاك تجريح مُبَرِّزَيْنِ»[2]

إلا إذا كان المزكي مزكي سر رَتَّبه الحاكم لهذا الغرض فيكفي فيه واحد كما تقدم، ولا يشترط معرفة اسم الشاهد المزكّى، لأن المدار على معرفة ذاته وأحواله[3].

وصيغة التزكية أن يقول المزكي: «أشهد أنه عدل رضى». لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[4] وقوله عز وجل: ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾[5] وقال اللخمي: إن قال: عدل رضى كفى، وقال ابن مرزوق: يكفي الاقتصار على عدل أو رضى والأرجح ما قال اللخمي[6]. قال في التحفة:

---

(١) الشرح الصغير وحاشيته ٤/ ٢٥٩.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٨.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٦٠.
(٤) الطلاق ٢.
(٥) البقرة ٢٨٢.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٢٦٠.

«وَمن يُـزكّي فلْيَقُـلْ عـدلٌ رِضَى   وبعضُهمْ يُجيـز أن يُـبعِّـضَـا»[1]

وتجب تزكية الشهود على من علم عدالتهم إن بطل حق أو ثبت باطل بترك تزكيتهم، كما يجب تجريحهم على من علم تجريحهم إن ثبت باطل أو بطل حق بتركه[2].

وتُقدم بينة التجريح على بينة التعديل إن اعتدلتا، لأن الأولى بينت مالم تبينه الثانية. قال في التحفة:

«وثـابـت الجـرح مـقـدم عـلى   ثـابت تعـديـل إذا مـا اعتـدلا»[3]

* * *

وجَازَتْ شَهَادَةُ الصِبْيَانِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ فِي دَمٍ، إنْ لَمْ يَفْتَرِقُوا وَلَمْ يَخْتَلِفُوا، إلاَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيهِمْ قَبْلَ الْفُرْقَةِ وَلَمْ يَدْخُلْ كَبِيرٌ، وَلاَ يَقْدَحُ رُجُوعُهُمْ وَلاَ تَجْرِيحُهُم.

* * *

شهادة الصبيان تقبل عندنا بشروط وهي:

- أن تكون على بعضهم أي على صبي مثلهم، لا على كبير.
- وأن تكون في دم أي في جرح أو قتل، لا في مال ولا في غيره.
- وأن يكون الشاهد حراً.
- وأن يكون مسلماً، ذكراً، مميزاً.

---

(١) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٨.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٢٦٠.
(٣) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٨.

- وأن يكون متعدداً أي اثنين فأكثر، لا واحداً، وغير مشتهر بالكذب.
- وغير عدو للمشهود عليه.
- ولا قريب للمشهود له وإلا لم تقبل.
- وأن لا يختلفوا في شهادتهم، بأن اتفقوا فيها أو سكت الباقي.
- وقبل أن يفترقوا بعد اجتماعهم، فإن تفرقوا فلا شهادة لهم، إلا إذا شهد عليهم العدول قبل فرقتهم فتقبل شهادتهم.
- وأن لا يحضر كبير بالغ وقت الجرح أو القتل، وإلا لم تقبل شهادتهم.

وإذا قبلت شهادتهم بالشروط الآنفة الذكر فلا قسامة، لأن اللازم إنما هو الدية، فلا قصاص عليهم، لا في العمد ولا في الخطإ.

ولا يقدح رجوعهم عن الشهادة قبل الحكم أو بعده كما أنه لا يقدح تجريحهم بشيء غير كثرة الكذب من جميع الشاهدين[1].

وفي هذا يقول ابن عاصم في التحفة:

«وبشهادة من الصبيان في جَرْحٍ وقَتْل بينهم قد اكتُفي
وشرطُها التمييزُ والذكورَه والاتفاق في وقوع الصورَه
من قبل أن يفترقوا أو يَدْخلا فيهم كبيرٌ خوف أنْ يُبدِّلا»[2]

والأصل في هذا قضاء عبد الله بن الزبير وعمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: عن هشام بن عروة: أن عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح.

قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا: أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح، ولا تجوز على غيرهم، وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها، لا تجوز في غير ذلك، إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا، أو

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢٦١- ٢٦٤.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٣٥.

يُخَبِّبوا(١)، أو يعلموا، فإن افترقوا فلا شهادة لهم، إلا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا»(٢) اهـ.

وقال الثلاثة: لا تقبل شهادتهم في أي شيء. قاله في المحلى، قال ـ بعد أن ذكر عدم قبول شهادتهم مطلقاً ـ: «وبمثل قولنا يقول مكحول وسفيان الثوري وابن شبرمة وإسحاق بن راهويه وأبو عبيدة وأبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل وأبو سليمان»(٣) اهـ.

* * *

وَلِلزنَى وَاللِّواطِ أَرْبَعَةٌ إِنْ اتَّحَـدُوا كَيْفِيَـةً وَرُؤْيَـةً وَأَدَاءً وَتَفْصِيلاً، وَجَازَ لَهُمْ نَظَرُ الْعَوْرَةِ.

وفُرِّقُوا عِنْدَ الأَدَاءِ.

* * *

إن جَريمتي الزِّنى واللِّواط لا تثبتان إلا بأربعة عدول، وأما الإقرار بهما فيكفي فيه عدلان. ولا بد أن تتحد أقوالهم في الصفة التي شاهدوا فيها ممارسة الجريمة من اضطجاع أو فوق أو تحت، وفي مكان كذا وقت كذا وأن يكونوا رأوا ذلك في وقت واحد، وأن يؤدوا الشهادة في وقت واحد، لا في أوقات متفرقة، وأن يشهدوا بالتفصيل بأنه أدخل فرجه في فرجها، ويزيدوا وجوباً أنه كالمرود في المكحلة.

وجاز لهم عند تحمل الشهادة نظر العورة لأداء الشهادة على وجهها المطلوب، مع أن الستر أولى(٤).

(١) أي يُخدعوا من الخِبّ بالكسر أي الخداع، والخَبُّ بالفتح: الخَدَّاع.

(٢) الموطأ ٢/ ٧٢٦.

(٣) المحلى ٩/ ٤٢٠- ٤٢١.

(٤) الشرح الصغير ٤/ ٢٦٥- ٢٦٦.

وعند أداء الشهادة يجب أن يفرقوا فيسأل القاضي كلاً على حدة، يسأله عن الكيفية والرؤية حسب ما أسلفنا، فإن اتفقوا كلهم ثبتت شهادتهم، وإن خالف بعضهم ولو واحداً ـ ردت شهادتهم وحُد الذين أتموا شهادتهم ـ حد القذف ولا حد على من لم يتمها، وإنما شدد الشارع في الشهادة على الزنا واللواط طلباً للستر(١).

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَٰئِكَ عِندَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴾(٢) وقوله عز وجل: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾(٣).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد(٤). ونقل ابن قدامة على ذلك الإجماع، فقال: «أجمع المسلمون على أنَّه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة عدول أحرار مسلمين»(٥).

* * *

وَبِمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا آيِلٍ لَـهُ ـ كَنِكَاحٍ وَرِدَّةٍ عَدْلَانِ، وَإِلَّا فَعَدْلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا مَع يَمِينٍ كَبَيْعٍ وشُفْعَةٍ وَجَرْحِ خَطَإٍ ونِكَاحٍ بَعْدَ مَوْتٍ وقِصَاصٍ في جُرْحٍ.

* * *

(١) المرجع السابق وكفاية الطالب ٢/ ٢٩٦.

(٢) النور ١٣.

(٣) النور ٤.

(٤) اللباب ٤/ ٥٥ ومغني المحتاج ٤/ ٤٤١ والمغني ٩/١٤٧ ـ ١٤٨.

(٥) المرجع السابق.

إن المشهود به إذا لم يكن مالاً ولا آئلاً أي راجعاً ـ له كعتق وردة ورجعة ونكاح، وطلاق غير خلع ـ يثبت بشهادة عدلين ذكرين، لقوله تعالى: ﴿ وأشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾(١).

فالأمر في هذه الآية أمر بالإشهاد على الرجعة أو على الطلاق أو عليهما معاً، قاله القرطبي، ثم قال: «وذلك يوجب اختصاص الشهادة على الرجعة بالذكور دون الإناث، لأن. . ذوي مـذكر. ولذلك قال علماؤنا: لا مدخل للنساء فيما عدا الأموال»(٢).

أما إن كان المشهود به مالاً أو آئلاً له كبيع وشفعة ادعى المشتري إسقاط الشفيع لها، وكطلاق بخلع وجرح خطأ ادعاه المجروح على منكره، وكذلك جرح العمد، وهذه إحدى المستحسنات الأربع التي انفرد بها مالك وتقدم ذكرها في الشفعة، لأن جرح العمد ليس بمال ولا آئل له. فيكفي في ذلك كله شهادة عدل ذكر وَامرأتين عدلتين، لقوله تعالى: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ فَإِن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ ﴾(٣).

قال القَرطبي: «المعنى: إنْ لم يأت الطالب برجُلين فليأت برجل وامرأتين هذا قول الجمهور». قال: «فجعل تعالى: شهادة المرأتين مع الرجل جائزة مع وجود الرجلين. في هذه الآية، ولم يذكرها في غيرها، فأجيزت في الأموال خاصة في قول الجمهور، بشرط أن يكون معهما رجل»(٤) اهـ.

وكما أنه يكفي شهادة رجل وامرأتين في الأموال والآئل لها ـ فإنه يكفي فيها شهادة رجل واحد مع يمين، أو امرأتين مع يمين. والأصل في ذلك ما

---

(١) الطلاق ٢.
(٢) تفسير القرطبي ١٨/ ١٥٧ـ ١٥٩.
(٣) البقرة ٢٨٢.
(٤) تفسير القرطبي ٣/ ٣٩١.

أخرجه مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه: أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد(1).

وأخرجه مسلم موصولاً عن ابن عباس رضي الله عنهما(2).

وعليه عمل أهل المدينة، قال مالك في الموطإ: «مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد، يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه، فإن نكل وأبى أن يحلف أُحْلِف المطلوب، فإن حلف سقط عنه ذلك الحق، وإن أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه. قال مالك: وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة»(3) اهـ. كما يثبت المال دون القطع بذلك في السرقة، فإذا سرق، شخص مالاً يلزم فيه القطع، وشهد عليه رجل وامرأتان أو أحدهما مع يمين ـ فإن المال يثبت على السارق دون القطع.

أما مذاهب الثلاثة فيما تقدم كله فإن الشافعي وأحمد متفقان مع مالك في أن ما ليس بمال ولا آئل له ويطلع عليه الرجال غالباً ـ لا يقبل فيه إلا شهادة عدلين ذكرين، وأن المال والآئل له تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين أو رجل ويمين، ولا تقبل عندهما في المال شهادة امرأتين مع يمين(4).

وقال أبو حنيفة: «لا يقبل في القصاص والحدود إلا شهادة عدلين ذكرين» وما سواهما تقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غيره كنكاح، ولا يثبت الحق عنده بشاهد ويمين ولاسيما بامرأتين ويمين(5).

وإمامنا مالك قاس المرأتين على الرجل، فبما أن شهادة امرأتين تعدل

---

(1) الموطأ 2/ 721.
(2) صحيح مسلم 3/ 1337.
(3) الموطأ 2/ 722.
(4) مغني المحتاج 4/ 442ـ 443 والمغني 9/ 148ـ 152.
(5) المرجع السابق واللباب 4/ 55ـ 57.

شهادة رجل، وجب أن يكون حكمهما حكمه، فكما يحلف مع الشاهد واليمين، يجب أن يحلف مع شهادة امرأتين. قاله ابن العربي[1].

* * *

وَلِمَا لَا يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ: امْرأَتَانِ كَحَيْضٍ واسْتِهْلَالٍ وَوِلَادَةٍ، وَثَبَتَ النَّسَبُ وَالْإِرْثُ.

* * *

كل ما لا يطلع عليه الرجال غالباً ويختص بمعرفته النساء - يثبت بشهادة امرأتين عدلتين دون يمين المدّعي، كـالحيض والاستهلال، أي استهلال المولود بأن ولد حياً أو عدم ذلك، وكذلك ذكورته أو أنوثته، وولادته أصلاً حيث ادعتها المرأة دون حضور شخص.

وثبت النسب والإرث للمولود بشهادة المرأتين كما يثبت عليه إن استهل ومات عن مال.

ومما لا يطلع عليه الرجال عيب فرج امرأة ادعاه الزوج عليها وأنكرت ورضيت بنظر النساء لها، فيثبت بشهادة المرأتين، فإن لم ترض بالنظر لها فلا تجبر على ذلك وتصدق بيمينها[2].

والأصل في قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه غيرهن، ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن شهاب قال: «مضت السنة في أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل فيما يلين، من ولادة المرأة واستهلال الجنين، وفي غير ذلك من أمر النساء الذي لا يطلع عليه ولا يليه إلاّ هُن»[3].

---

(١) أحكام القرآن ١/ ٢٥٣.
(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٢٧١- ٢٧٢.
(٣) المصنف ٨/ ٣٣٣.

ونحوه في مصنف ابن أبي شيبة عن الزهري قال: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك»(١).

أما مذاهب الثلاثة، فإن الشافعي قال: إن ما لا يطلع عليه الرجال غالباً كبكارة وولادة وحيض ورضاع، وعيوب تحت الثياب ـ يثبت بعدلين ذكرين، أو عدل وامرأتين أو أربع نسوة. قاله في المنهاج(٢).

وأما أبو حنيفة وأحمد فمذهبهما قبول شهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال، إلا أن أبا حنيفة لا يثبت الرضاع عنده إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، قال: لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال. أما أحمد فتقبل عنده فيه شهادة امرأة واحدة(٣). وتقدم دليله، وذكر مذاهب الأربعة فيما يثبت به الرضاع، وذلك في الجزء الثالث من كتابنا هذا(٤).

* * *

وجَازَتْ على خَطِّ المُقِرِّ بِلاَ يَمِينٍ، وعلى خطِّ شَاهِدٍ مَاتَ أَوْ غَابَ بِبُعْدٍ، إنْ عَرَفَتْهُ كَالمُعَيَّنِ، وَأَنَّه كَانَ يَعْرِفُ مُشْهِدَهُ وَتَحمَّلها عَدْلاً، لاَ عَلَى خَطِّ نَفْسِهِ حَتَّى يَذْكُرَهَا وَأَدَّى بِلاَ نفعٍ.

* * *

تجوز الشهادة على خط المقِر وتقبل في مال، كما تقبل في غيره على المعتمد، كأن يكتب المُقِر أن في ذمته لفلان كذا، أو أن زوجته فلانة طالق،

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٦/ ١٨٥.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٤٢.
(٣) المغني ٩/ ١٥٥- ١٥٦ والهداية ٣/ ١١٧ واللباب ٣/ ٣٦.
(٤) تبيين المسالك ٣/ ٢٢٦- ٢٢٩.

سواء كانت الوثيقة كلها بخطه، أو كتب بخطه ما يفيد الإقرار فقط كأن يكتب بعد تمامها: ما نسب إليَّ في هذه الوثيقة صحيح. ولا يكلف المدعي بيمين مع البينة، لأن الشهادة على الخط كالشهادة على اللفظ في المعتمد[1].

وتقبل الشهادة على خط شاهد مات أو غاب غيبة بعيدة يلحق الشاهد منها مشقة، ومثل البعد جهل مكانه: تقبل الشهادة على خط الشاهد في المال، لا في غيره على المعتمد[2]. وقيل تقبل مطلقاً، وبه جرى العمل بقرطبة قال في التحفة:

«وخَطُّ عدلٍ ماتَ أو غابَ اكْتُفِي فيـهِ بِعـدْلينِ وفي المَـالِ اقْتُفي
والحُبْسِ إن يقـدِم وقيـل يُحْتَمَـل في كل شيءٍ وَبه جرى العَمَلْ»[3]

قال التسولي: «أي يعتمل الاكتفاء بها في كل شيء، ولو حدا، وبه جرى العمل بقرطبة زمن ابن حارث واستمر إلى زمن الناظم وزماننا»[4] اهـ. وفي المـذهب قول بعدم قبول الشهادة على الخط مطلقاً، وزعم الباجي أنه المشهور. قاله التاودي، قال: «وهو معارَض بقول ابن رشد: لم يختلف في الأمهات المشهورة ـ قول مالك في إجازتها وإعمالها»[5] اهـ.

ولا بد للشهادة على الخط من شروط وهي:

١ ـ حضور الخط عند الشهادة عليه، فلا تصح في غيبته على المعتمد.

٢ ـ أن تكون البينة عرفت الخط معرفة تامة، كمعرفتها للمعين من آدمي وحيوان وغيرهما.

٣ ـ أن تعرف البينة أن الشاهد الذي وضع خطه كان يعرف من أشهده بعينه أو نسبه.

٤ ـ أن تعرف أن الشاهد تحمل الشهادة، أي وضع خطه وهو عدل واستمر كذلك إلى أن مات أو غاب[6].

(١) حاشية الدسوقي ٤/ ١٩٣ والشرح الصغير ٤/ ٢٧٣.

(٢) المرجعان السابقان. (٣) البهجة شرح التحفة ١/ ١٠٣ ـ ١٠٥. (٤) المرجع السابق.

(٥) حلي المعاصم هامش البهجة ١/ ١٠٥. (٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٩٣.

وبهذا المعنى يؤول قول خليل: «وتحملها عدلاً»[1]. لأن العدالة لا تشترط وقت تحمل الشهادة، وإنما تشترط وقت الأداء، إذ قد يتحمل الصبي والكافر الشهادة في الصغر، وفي زمن الكفر، ويصح أداؤها منهما بعد البلوغ والإسلام. قال في التحفة:

وَزَمَنُ الأداء لا التَّحمُّلِ صحَّ اعتبارُهُ لمقتضىً جَلِي[2]

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة[3].

ونقل ابن المنذر الإجماع عليه[4].

ولا يشهد شاهد على خط نفسه في قضية حتى يتذكرها، وإذا لم يتذكرها أدى الشهادة على أن هذا خطه ولكنه لم يتذكر القضية وهذه الشهادة بلا نفع للمشهود له، وهذا قول مالك في المدونة، وهو الذي رجع إليه. وفائدة الأداء لاحتمال أن الحاكم يرى نفعها إذا لم يكن فيها محو ولا ريبة، وهو الذي أخذ به عامة أصحاب مالك، وهو قوله الأول[5].

* * *

وَجَازَتْ بِسَمَاعٍ فَشَا عَنْ ثِقَاتٍ وَغَيْرِهِمْ بِمُلْكٍ لِحَائِزٍ وقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المُلْكِ عَلَيْهَا، إلَّا أَنْ تَشْهَدَ بِنَقْلِ المُلْكِ. وَبِمَوْتِ غَائبٍ بَعُدَ أوْ طَال سَمَاعُ مَوْتِه، وَبِوَقْفٍ إنْ طَالَ الزَّمَنُ بِلَا رِيبَةٍ، كَتَوْلِيَةٍ ورُشْدٍ وَتَعْدِيلٍ وَنِكَاحٍ وَإسْلامٍ وضِدِّهَا.

* * *

يعني أن شهادة السماع جائزة في الأملاك وغيرها، فتقبل من عدلين معتمدين في شهادتهما على سماع انتشر واشتهر بين الناس. وإذا كانت هذه

(١) مختصر خليل ص ٢٦٧.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٣٠.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٣٨ والمغني ٩/ ٢٠٤.
(٤) الإجماع لابن المنذر ص ٦٥.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٢٧٥.

الشهادة بملك فلا بد أن يكون في حوز المشهود له، إذ لا ينزع بها من يد حائز وكيفية شهادة السماع أن يقول الشهود لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن الشيء الذي في حوز فلان مثلاً له، هذا هو المعتمد، وقيل: يُكتفى بأحد لفظي الثقات أو غيرهم[1]. ولا يشترط فيها طول الحيازة في الملك، خلافاً لما ذهب إليه خليل وابن عاصم[2].

وإذا تعارضت بينة السماع مع بينة البت قدمت بينة البت أي القطع عليها، إلا إذا شهدت بينة السماع بنقل ملك الشيء المتنازع فيه فتقدم على بينة البت، كأن تقول بينة السماع لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن الدار التي بيد فلان قد حكم له بها. فانتقل ملك فلان منها له؛ بشراء أو هبة، مالم يكن من شهدت له بينة البت حائزاً للمتنازع فيه فتقدم بينة البت، لأن شهادة السماع لا ينزع بها من يد حائز[3].

وتقبل شهادة السماع في موت من غاب غيبة بعيدة، لا تقل عن شهر أو كانت قريبة وطال زمن سماع موته، وإلا فلا بد من بينة القطع. كما تقبل شهادة السماع في الوقف إن طال زمن السماع كعشرين سنة لا أقل.

ويشترط في بينة السماع أن لا تكون هناك ريبة وإلا لم تقبل كأن يشهد اثنان شهادة سماع وفي البلد مائة من لداتهما: أي من ذوي أسنانهما ولا يعلمون شيئاً من ذلك.

وأما إن لم يكن لهما معاصر فتمضي شهادتهما.

وتقدم أن المعتمد قبول شَهادة اثنين بالسماع، لكن لا بد معهما من يمين المدعي[4].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢٧٧- ٢٧٨.
(٢) المرجع السابق وحاشية البناني ٧/ ١٨٨.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٧/ ١٨٨- ١٨٩.
(٤) المرجع السابق.

وتقبل شهادة السماع ـ لا بقيد طول المدة ـ في تولية قاض أو وال أو وكيل، وفي تعديل بينة وتجريحها، وفي إسلام شخص معين أو كفره، وفي رشد وسفه وفي نكاح وطلاق وضرر زوج، وهبة وصدقة ووصية وعتق وولاء ويسر وعسر، وحمل أمة من سيدها، وولادة ورضاع ونسب.. وقد بلغ عددها ثلاثاً وعشرين وأنهاها بعضهم لاثنتين وثلاثين. وجُمعت في أبيات أثبتها الصاوي في حاشيته(١).

وقال أحمد: تقبل شهادة السماع في تسعة أشياء: النكاح والملك المطلق، والوقف ومصرفه، والموت والعتق والولاء، والولاية والعزل. قاله في المغني(٢). وقال الشافعي: تقبل في نسب وموت وولاء ووقف ونكاح وملك. وقيل: لا تقبل في غير النسب والموت، وقال أبو حنيفة: تقبل في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي، ولا تقبل في غير ذلك(٣).

* * *

وَالتَّحَمُّلُ إِنْ افتُقِرَ إِلَيْهِ فَرْضُ كِفَايَةٍ، وتَعَيَّنَ الأَدَاءُ مِنْ كَبَرِ يدَيْنِ، وَإِنْ انْتَفَع فَجَرْحٌ إِلاَّ رُكُوبَه إِن احْتَاج إِلَيْهِ، لاَ أَرْبعةٍ، وَلَهُ الإِنْتِفَاعُ حِينئِذٍ.

* * *

يعني أن تحمل الشهادة فرض كفاية إن احتيج إليه، بأن خيفَ بتركه ضياع حق مالي أو غيره، فإن قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين وإلا أثم الجميع. وإن لم يُفتقر إليه لا يكون فرض كفاية وإنما يكون حُكمه

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٢٨٢.
(٢) لمغني ٩/ ١٦٣.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٤٨ والهداية ٣/ ١٢٠.

الجواز، وقد لا يجوز كشهادة على زِنىً دون أربعة عدول[١].

وتعين أداء الشهادة على متحملها ـ من مسافة بريدين، وأدخلت الكاف الثالث بدليل قوله: «لا أربـعة» وتقدم أن البريد أربعة فراسخ، وأن الفرسخ ثلاثة أميال. فمن تحمل شهادة وكان بينه وبين مكان القاضي أقل من مسافة القصر وجب عليه السفر لأدائها، ولا يحل له أن يأخذ من المشهود له أجرة فإن فعل فذلك جرح له، لأنه ارتشى على أمر واجب عليه[٢].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾[٣] وقوله عز وجل: ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾[٤]. فمن ضن بالشهادة حتى يأخذ رشوة عليها فقد كتمها وأثم إثماً مبيناً. إلا إذا كان الشاهد يشق عليه المشي ولا يملك وسيلة نقل مناسبة فلا بأس أن يحمله المشهود له على دابته أو سيارته.

والأظهر أنه لا يجوز له أخذ أجرة النقل من المشهود له ـ إن كان يقدر عليها[٥].

لا يجب على متحمل الشهادة السفر لأدائها من أربعة بـرد أي من مسافة القصر فأكثر. وقد بينا مسافة القصر بدقة في كتاب السفر من كتابنا هذا[٦] وإذا لم يجب عليه الأداء من مسافة القصر فأكثر، فإن له الانتفاع من المشهود له بأجرة التنقل وبنفقة السفر له ولأهل بيته مدة ذهابه وإيابه، لأنه أخذ عن شيء لا يجب عليه[٧]. ولأن في سفره مسافة قصر مشقة وضرراً عليه، والله

(١) الشرح الصغير ٤/ ٢٨٤.
(٢) المرجع السابق وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٢٨٥ـ ٢٨٦.
(٣) البقرة ٢٨٢.
(٤) البقرة ٢٨٣.
(٥) شرح الزرقاني على خليل ٧/ ١٩١.
(٦) تبيين المسالك ١/ ٥١٣ـ ٥١٤.
(٧) المرجع السابق.

عز وجل يقول: ﴿ ولا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ﴾[1] ولحديث: «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك مرسلاً، ووصله ابن ماجه عن عبادة بن الصامت[2].

وقال الشافعي: تحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية، ولا يجوز لمن تعين عليه ذلك أن يأخذ أجرة عليه، وأما إن لم يتعين عليه فقيل يجوز له أخذ الأجرة، لأنه أخذها على شيءٍ لم يتعين عليه، وقيل: لا يجوز أخذها تجنباً للتهمة[3].

وبه قال أحمد إلا أن الأصح عنده عدم أخذ الأجرة لمن لم يتعين عليه[4].

* * *

وَجَازَ نَقْلُهَا إنْ قَالَ: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِـي أَوْ سَمِعَهُ يُؤَدِّيهَا عِنْدَ حَاكِمٍ، وَغَابَ الأَصْلُ وَهُوَ رَجُلٌ بِمَكَانٍ لاَ يَلْزَمُ الأَدَاءُ مِنْهُ أَوْ مَاتَ أو مَرِضَ، وَلَمْ يَطْرَأْ فِسْقٌ، وَلَمْ يُكَذِّبْـهُ أَصْلُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ، وَنَقَلَ عَنْ كُلٍ اثْنَانِ لَيْسَ أَحَدُهُمَا أَصْلاً، وَفِي الزِّنَا أَرْبَعَةٌ.

* * *

الشهادة على الشهادة جائزة، لقوله تعالى: ﴿ وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾[5] ولأن الحاجة تدعو إليها كثيراً، لأن الأصل قد يتعذر حضوره، فلو لم

---

(1) البقرة ٢٨٢.

(2) الموطأ ٢/ ٧٤٥ وسنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٤.

(3) المهذب ٢/ ٣٢٣- ٣٢٤.

(4) الشرح الكبير للمقدسي ١٢/ ٣- ٥.

(5) الطلاق ٢.

يصح النقل عنه لبطل الكثير من الحقوق، لكن نقل الشهادة إنما يصح بشروط وهي:

١ ـ أن يقول الشاهد الأصلي للناقل عنه: اشهد على شهادتي، أو يسمعه يؤديها عند حاكم، وكذلك إذا سمعه يقول لآخر: اشهد على شهادتي فيصح على المشهور، أما إذا سمعه يخبر غيره أنه شاهد على كذا فلا يصح أن ينقل عنه بذلك.

٢ ـ أن يكون الأصل المنقول عنه ميتاً أو غائباً غيبة لا يلزمه الأداء معها بأن كانت مسافة قصر فأكثر وهو رجل. أما المرأة فيصح النقل عنها مع حضورها، لأن شأن النساء عدم الخروج في الدعاوى.

٣ ـ أن لا يطرأ للشاهد الأصلي فسق أو عداوة للمشهود عليه قبل الأداء. أما طروه للمنقول عنه بعد أداء الناقل فلا يضر.

٤ ـ أن لا يكذب الأصلُ الناقل قبل الحكم بشهادة النقل، فإن كذبه حقيقة أو حكماً كشكه في أصل شهادته ـ لم يصح النقل، وإن كذبه بعد الحكم مضى الحكم، ولا غرم على الأصل المكذب، ولا على الناقل.

٥ ـ أن ينقل عن كل شاهد من شاهدي الأصل ـ اثنان، ليس أحدهما أصلاً، وفي الزِّنا ينقل أربعة عن شهود الزنا الأربعة، ويصح ذلك بستة عشر وبأقل، فيصح بأربعة فقط، بحيث ينقل اثنان عن كل اثنين[1].

واتفق الثلاثة مع مالك في قبول الشهادة على الشهادة ونقل ابن قدامة الإجماع عليها. مع اختلاف في بعض المسائل، فالشافعي وأحمد قالا: لا تقبل في الحدود غير القذف، وقال أبو حنيفة: لا تقبل في الحدود والقصاص، ولم يشترط أحمد تعدد شاهد الفرع؛ فيجوز عنده نقل واحد عن واحد، وللشافعي قول بعدم اشتراط مسافة القصر في غيبة الأصل، وبه صدر في المنهاج. كما أن أبا حنيفة يحدد مسافة القصر بمسيرة ثلاثة أيام، وظاهر

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٧/ ١٩٤ـ ١٩٥ والشرح الصغير ٤/ ٢٩٠ـ ٢٩٣.

كلامه أن صيغة الإشـهاد تنحصر في قول الأصل للفرع مخاطباً له: اشهد على شهادتي أني أشهد بكذا، ويؤديها الفرع بذلك وإلا لم تقبل. واتفقوا مع مالك في غير ذلك[١].

وجاز تلفيق ناقلين بأصل في الزنا وغيره، كأن ينقل اثنان عن اثنين في الزنا مع أصلين. وجاز تزكية الناقل للمنقول عنه[٢].

وبه قال الثلاثة[٣].

وجاز نقل امرأتين عن رجل وعن امرأة مع رجل ناقل معهما عمن ذكر. فيما يشهد فيه النساء وهو الأموال وما يؤول إليها، وما لا يظهر إلا للنساء حسبما تقدم. ويشترط في قبول نقلهما أن ينقل معهما رجُل وإلا لم يقبل النقل ولو كثرن جداً. كما أن ما لا تقبل فيه شهادة النساء لا يقبل فيه نقلهما، ولو صاحَبَهما رجل[٤].

وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى أن الشهادة على الشهادة لا مدخل للنساء فيها ولو فيما يشهدن فيه، وهو المذهب عند الشافعي[٥]. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة النسَاء على شهادة النساء، وظاهر كلامه قبولها مع رجل فيما يشهدن فيه مع الرجال، وقبول شهادتهن بمفردهن فيما لا يطلع عليه الرجال[٦].

* * *

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ٤٥٢- ٤٥٥ والهداية ٣/ ١٢٩- ١٣١ والمغني ٩/ ٢٠٦- ٢١٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٢٩٣.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٥٦ والهداية ٣/ ١٣١ والروض المربع ٢/ ٣٧٧.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٢٩٤.
(٥) المغني ٩/ ٢١١ والمهذب ٢/ ٣٣٧.
(٦) حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٠٠.

وبَطلَتْ إنْ رَجعُوا قَبْلَ الْحُكْمِ لاَ بَعْدَه وغرِمُوا الْمَالَ والدِّيَةَ وَنُقِضَ إنْ ثَبَتَ كَذِبُهُمْ قَبْلَ الإسْتِيفَاءِ، كَحَياةِ مَنْ شَهدُوا بقَتْلِهِ أو جَبِّه قَبْلَ الزِّنَى وَإلاَّ غرِمُوا، وَإنْ رَجعَ مَنْ يَسْتَقِلُّ الْحُكْمُ بدُونِه فَلا غُرمَ. وَإنْ رَجعَ شَاهِدَانِ عَنْ طَلاَقٍ فَلاَ غُرْمَ إنْ دَخَلَ، وَإلاَّ فَنِصْفُ الصَّدَاقِ.

* * *

إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم وبعد الأداء بطلت شهادتهم. وإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء؛ أي التنفيذ ـ فإن كان في مال لم تبطل الشهادة، ويدفع المال لمن شهدوا له به من قبل المشهود عليه، ثم يرجع به على الشهود، وإن كان في دم بطلت الشهادة وألغي الحكم[١].

وبه قال الشافعي وأحمد[٢].

وإن رجع الشهود بعد تنفيذ الحكم مضى وغرموا المال للمشهود عليه، والدية لورثته، ولا قود عليهم، ولو تعمدوا الكذب. قاله ابن القاسم.

وبه قال أبو حنيفة[٣]. وقال أشهب: يُقتص منهم إن تعمدوا الكذب، وبه قال الشافعي وأحمد[٤].

وكذلك إذا ثبت كذبهم بعد أداء الشهادة والحكم، فإن كان ذلك قبل التنفيذ في القتل والحدِّ كثبوت حياة من شهدوا بقتلِه أو جبٍّ من شهدوا عليه بالزنا قبل شهادتهم بزناه ـ فإن الحكم يبطل ويلغى.

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٠٦.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٥٦ والمغني ٩/ ٢٤٥ـ ٢٤٦.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٢٩٤ـ ٢٩٥ والهداية ٣/ ١٣٤.

(٤) الشرح الصغير ٤/ ٢٩٥ ومغني المحتاج ٤/ ٤٥٧ والمغني ٩/ ٢٤٧.

وإن لم يثبت كذبهم إلا بعد تنفيذ الحكم - غرموا دية من قتل قصاصاً أو رجماً بشهادتهم، ولو تعمدوا الكذب عند ابن القاسم وأبي حنيفة. وعند أشهب والشافعي وأحمد: يقتص منهم إن تعمدوا الكذب(١).

وإن رجع بعد الحكم وتنفيذه - أحد الشاهدين فيما ثبت بهما غَرِمَ الراجعُ منهما نصف الدية في القتل، ونصف المال في غيره. حسبما تقدم عن ابن القاسم وأبي حنيفة. ويخالفهما أشهب والشافعي وأحمد في وجوب القصاص في تعمد الكذب: (الزور)(٢).

وإن كان الحق ثبت برجل وامرأتين ورجع الرجل بعد الحكم غرم نصف المال. وإن كان الرجوع من المرأتين غرمتا معاً النصف، وإن كان من إحداهما غرمت الربع، وهذا في المال وما يؤول إليه، أما في الرضاع ونحوه مما تقبل فيه شهادة المرأتين كالولادة فإن الرجل فيه كالمرأة الواحدة، لا كاثنتين(٣).

وإن رجع من الشهود من يستقل الحكم ويثبت دونه - كواحد من ثلاثة أو اثنين من أربعة - فلا غرم على الراجع لاستقلال الحكم بالباقي. وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الأصح عنه(٤). وقال أحمد: يغرم الراجع ويقتص منه في العمد، ولو تَم النصاب وثبت الحق دونه(٥).

وإن رجع شاهدان عن شهادتهما بطلاق فلا غرم عليهما إن دخل المشهود عليه بالمشهود بطلاقها، لأن الصداق تقرر لها بالوطء، أما إن لم يدخل بها فيغرمان نصف الصداق للزوج، بناء على أنها لا تملك بالعقد شيئاً، وإنما

---

(١) المراجع السابقة في الرقمين السابقين.
(٢) المراجع السابقة.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٣٠١- ٣٠٢.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢١٨ ومغني المحتاج ٤/ ٤٥٩ والهداية ٣/ ١٣٣.
(٥) المغني ٩/ ٢٥١.

يجب لها النصف بالطلاق، وهو مشهور مبني على ضعيف، إذ المذهب أنها تملك بالعقد النصف[1].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد والشافعي في أحد قوليه، وقوله الآخر ـ وبه صدر في المنهاج ـ أنهما يغرمان المهر كله في كلتا الحالتين[2].

* * *

إِذَا تَعَارَضَتْ بيِّنَتَانِ وَأَمْكَنَ الْجَمْعُ جُمِعَ، وَإِلاَّ رُجِّح بِبَيانٍ كَنسْجٍ أوْ تَارِيخٍ، ومَزِيد عَدَالةٍ لاَ عَدَدٍ، وبِشَاهِدَيْنِ عَلَى شَاهِدٍ ويمينٍ، وبِيَدٍ وَبِالمُلْكِ عَلَى الْحَوْزِ.

* * *

إذا تعارضت بينتان وأمكن التوفيق بينهما ـ وجب الجمع بينهما، بحيث لا تسقط منهما واحدة، كأن يدعي عليه أنه يطالبه بألف درهم من بيع، ويقيم على دعواه بينة، ثم يدعي عليه ألف درهم من قرض، ويقيم بينة على ذلك، فيحكم له بالألفين، لاختلاف سببيهما.

وإلا يمكن الجمع بين البينتين اعتُمدت أرجحهما، وذلك ببيان سبب الملك؛ فإذا شهدت بينة بأن هذا الثوب أو الجمل ملك لزيد وأطلقت، وشهدت بينة أخرى أنه ملك لمحمد وبينت سبب الملك، بأن قالت إنه نسج الثوب أو نتج الجمل عنده، أو ورثه فإنها تقدم على تلك التي أطلقت[3].

كما يقع الترجيح بالتاريخ وبقدمه، فتقدم البينة المؤرخة على غير

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢١٠.

(٢) الهداية ٣/ ١٣٤ ومغني المحتاج ٤/ ٤٥٨ـ ٤٥٩ والمغني ٩/ ٢٥٠.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٣٠٤ـ ٣٠٧.

المؤرخة وتقدم التي تقدم تاريخها على المتأخرة، وإن كانت المتأخِّرة أعدل. ويُرجَّح بمزيد العدالة؛ فتقدم البينة الأعدل على غيرها[1]. لا بمزيد العدد؛ فلا تقدم بينة أكثر عدداً على غيرها، لما في سنن البيهقي عن علي رضي الله عنه قال: «لا يرجح بكثرة العدد»[2].

وبه أي بعدم الترجيح بكثرة العدد قال الشافعي قاله في المنهاج[3] وقال به أحمد وأبو حنيفة. قاله في المغني، وعزا لأحمد والشافعي وأبي حنيفة أن مزيد العدالة لا يُرجح به[4].

وتُقدمُ بينة عدلين على عدل واحد ويمين، وعلى رجل وامرأتين على الراجح، إلا إذا كان الشاهد الذي مع المرأتين أعدل من الشاهدين فإنه يقدم مع المرأتين اتفاقاً[5].

وتقدم بينة الحائز على غيرها إذا تساوتا، فيحلف الحائز عند تساوي البينتين ويقضى له بما في حوزه، ويحلف خصمه إن كانت بينته أرجح وينزع له الملك من الحائز[6]. والأصل في أن الحوز أي وضع اليد على المتنازع فيه مُرجِّح حديث جابر أن رجلين اختصما في ناقة، فقال كل منهما: نتجت هذه الناقة عندي وأقاما بينة فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده. أخرجه الدارقطني، وفي إسناده ضعف، قاله في بلوغ المرام، وأخرجه البيهقي ولم يضعف إسناده. قاله في سبل السلام؛ قال: «والحديث دليل على أن اليد مرجحة للشهادة الموافقة لها»[7] اهـ.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) السنن الكبرى ١٠/ ٢٥٧.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٨٢.
(٤) المغني ٩/ ٢٨٢.
(٥) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٣٠٦- ٣٠٧.
(٦) المرجع السابق.
(٧) سبل السلام ٤/ ١٤٩٠.

وبه قال الشافعي، وقال أحمد: تقدم بينة غير الحائز لحديث: «البينة على المدعي..» وقال أبو حنيفة: إن شهدت بيّنة ذي اليد بسبب الملك أو كانت أقدم تاريخاً قُدمت، وإلا قدمت الأخرى عليها. قاله في المغني(١).

وتُقدم بينة نقل الملك على بينة الاستصحاب، فإذا شهدت بينة أن هذه الدار لزيد لكونه بناها، وشهدت بينة أخرى لسعيد أنَها له وأنه اشتراها من زيد أو وهبها له فإن هذه البينة الناقلة تقدم على تلك البينة المستصحبة. والحقيقة أنهما ليس بينهما تعارض(٢).

وتُقدم بينة الأصالة على بينة الفرعية، فتقدم بينات السفه والعسر والصحة والجرح، لأنها هي الأصل، على أضدادها وهي بينات الرشد واليسار والمرض والعدالة(٣).

وتقدم البينة الشاهدة بالملك على البينة الشاهدة على الحوز، ولو كان تاريخ الحوز المجرد أقدم، لأن بينة الملك أرجح إذا اعتمدت في شهادتها على الشروط الآتي ذكرها في صحة الملك بالفقرة التالية(٣).

* * *

وَصِحَّةُ الْمُلْكِ بالتَّصَرُّفِ وَعَدَمِ مُنَازِعٍ وَحَوْزٍ طَالَ كَعَشْرَةِ أَشْهُرٍ، وَأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ، عَنْ مُلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ.

وَإِنْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارٍ مِنْ أَحَدِهِمَا اسْتُصْحِبَ. وإِنْ تَعَذَّرَ تَرْجِيحٌ سَقَطَتَا وَبَقِيَ بِيَدِ حَائِزِه.

* * *

(١) مغني المحتاج ٤/ ٤٨٠ والمغني ٩/ ٢٧٥.
(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٢١.
(٣) المرجع السابق.

يعني أن البينة الشاهدة بالملك لحي أو ميت، تعتمد في شهادتها على الأمور التالية:

١ ـ على التصرف من واضع اليد على الشيء المتنازع فيه، كركوبه للدابة أو سكناه للدار ونحو ذلك.

٢ ـ أن تعتمد على حوز طال كعشرة أشهر فأكثر.

٣ ـ أن تعتمد على عدم منازع للحائز في تلك المدة.

٤ ـ مع نسبته إليه، أي تشهد أن واضع اليد على الشيء المتنازع فيه ينسبه لنفسه. ولا يُشترط تصريح البينة بشيء من هذه الأربعة إن كان الشاهد يعرف ما تصح به الشهادة، وإلا فلا بد من التصريح بها.

٥ ـ أن تقول البينة في شهادتها إن الشيء الذي بيد فلان لم يخرج عن ملكه في علمنا، بناقل شرعي فإن اقتصرت على قولها: إنه لم يخرج عن ملكه، ولم تقل في علمنا بطلت شهادتها[١].

وإن شهدت البينة على إقرار أحد المتنازعين سابقاً بالشيء للآخر، والحال أن المقِر مكلف غير محجور ـ استصحب إقراره السابق وعمل به، لأن المكلف غير المجور مؤاخذ بإقراره، كما تقدم في باب الإقرار.

وإذا لم يُمكن ترجيح إحدى البينتين بأحد المرجحات السابقة والحال أن المتنازع فيه بيد غير المتنازعين ـ سقطت البينتان وبقي المتنازع فيه بيد حائزه إن ادعاه لنفسه.

وإن أقر به لأحد المتنازعين مع تعارض بينتيهما ـ حكم له به، لأن إقراره لأحدهما مرجِّح لبينته.

وعند عدم وجود أي مرجح لإحدى البينتين ـ قُسم المتنازع فيه ـ على قدر الدعوى ـ بين المتنازعين بعد يمينهما[٢].

وبه قال الثلاثة. قاله في المغني[٣].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٣٠٨ـ ٣٠٩.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٢٢ـ ٢٢٣.
(٣) المغني ٩/ ٢٨٠ـ ٢٨١.

والأصل في ذلك حديث أبي موسى: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما». أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي، وأخرجه ابن حبان عن أبي هريرة. قاله في التلخيص، قال: «وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلاً»[(١)].

* * *

وَالْيَمِينُ في كلِّ حقٍّ بِاللهِ الذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَلَوْ كِتَابِيّاً. وَغُلِّظَت في رُبُعِ دِينَارٍ، بِالقِيَامِ وَبِالْجَامِعِ وبِمِنْبَرِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ والسَّلامُ.

* * *

اليمين التي تتوجه على المدعي والمدعى عليه ـ في غير اللعان والقسامة ـ يجب أن تكون بهذا اللفظ: (بالله الذي لا إله إلا هو) ولا يجزىء غير هذا اللفظ على المشهور، لحديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال ـ يعني لرجل حلفه ـ: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء يعني للمدعي». أخرجه أبو داود. قال المنذري: «وأخرجه النسائي، وفي إسناده: عطاء بن السائب وفيه مقال، وأخرج له البخاري حديثاً مقروناً»[(٢)].

ولا فرق بين المسلم والكتابي في الحلف بهذه اليمين على الراجح. وقيل: يزيد اليهودي: (الذي أنزل التوراة)، ويزيد النصراني: (الذي أنزل الإنجيل)، قال في التحفة:

---

(١) تلخيص الحبير ٤/ ٢٠٩ـ ٢١٠.

(٢) مختصر سنن أبي داود ٥/ ٢٣٤.

«وبَعضُهم يزيدُ لليَهودِ مَنزِّلَ التَّوراةِ للتشديدِ
كما يزيد فيه لِلتَّثقِيلِ عَلى النَّصارى مُنزل الإنجيلِ»[1].

وعند الثلاثة: يكفي الاقتصار في الحلف على اسم الله فقط دون زيادة: الذي لا إله إلا هو[2].

وتغلظ اليمين على الحالف وجوباً إذا كان المتنازع فيه يبلغ ربع دينار أو ثلاثة دراهم، أو ما يساوي ذلك من العملات المتعامل بها اليوم أو من العروض ـ إن طلب المحلف التغليظ.

والتغليظ يكون بقيام الحالف وقت اليمين ووقوعها بالجامع إن كان مسلماً، ومن كان بالمدينة، يحلف بمنبره عليه الصلاة والسلام[3]. لحديث: «من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار» أخرجه مالك عن جابر بن عبد الله مرفوعاً[4]. وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجه نحوه[5].

وتغلظ لأهل الكفر بالأماكن التي يعظمونها؛ فيحلف النصراني بالكنيسة واليهودي بالبيعة، والمجوسي ببيت النار، ويحلف البوذي وغيره بمكان متعبده. قال في التحفة:

«وجُمْلة الكُفَّارِ يحلفُونا أيمانَهم حيثُ يُعظِّمونا»[6]

واختار بعض علمائنا أن تغلظ اليمين بتحليف المسلم على المصحف قال عق ـ عند قول خليل ـ: «بجامع كالكنيسة وبيت النار»: ويؤخذ من ذلك بالأولى: تحليف المسلم على المصحف أو براءة . .» وسلمه محشوه[7].

---

(١) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٤٩.
(٢) اللباب ٤/ ٤٠ والمغني ٩/ ٢٢٦.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٣١٤.
(٤) الموطأ ٢/ ٧٢٧.
(٥) مختصر سنن أبي داود ٤/ ٣٥٦.
(٦) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٤٩.
(٧) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٧/ ٢١٨ وحاشية الرهوني ٧/ ٥٠١.

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي بسنده عن الشافعي. قال: «أخبرني مطرف بن مازن بإسناد لا أحفظه أن ابن الزبير أمر بأن يحلف على المصحف. قال الشافعي رحمه الله: ورأيت مطرفاً بصنعاء يحلف على المصحف. قال الشافعي رحمه الله: وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن»[١].

أما في المذهب الشافعي فإن التغليظ يكون ندباً فيما ليس بمال، ولا يقصد به مال، وفي مال يبلغ نصاب زكاة، فتغلظ اليمين باللفظ والمكان والزمان كوقوعها بعد صلاة العصر[٢].

وقال أحمد: إن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان غلظ وإلا فلا، ولا تغلظ إلا فيما له خطر كالجنايات والطلاق والعتق ونصاب الزكاة، وقيل: لا تغلظ إلا في حق أهل الذمة، ونحوه لأبي حنيفة[٣].

تنبيـه: يجوز للحالف أن يعتمد على ظن قوي فيما يحلف عليه، ولو لم يتيقنه على المشهور، كأن يجد وثيقة منه أو من أبيه على ما يحلف عليه، أو يقوم به شاهد يغلب على الظن صدقه[٤]. وبه قال الشافعي[٥]. وقيل: لا يجوز أن يحلف إلا على اليقين، قال ابن الحاجب: «وما يحلف فيه بتاً يكتفى فيه بظن قوي، وقيل: المعتبر اليقين». نقله البناني[٦].

وإذا نكل المدعى عليه عن يمين توجهت عليه في مال أو ما يؤول إليه، حلف المدعي على ما يدعي إن كانت دعواه محققة واستحق المتنازع فيه. فإن لم يحلف ثبت الحق لصاحبه.

---

(١) السنن الكبرى ١٠/ ١٧٨.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٧٢- ٤٧٣.
(٣) الانصاف ١٢/ ١٢٠- ١٢١ والهداية ٣/ ١٥٩.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٧/ ٢٢٠.
(٥) مغني المحتاج ٤/ ٤٧٤.
(٦) حاشية البناني على الزرقاني ٧/ ٢٢٠.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة وحديث ابن عمر، ففي الموطإ: «قال مالك: مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد؛ يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه، فإن نكل وأبى أن يحلف أُحلِف المطلوب، فإن حلف سقط عنه ذلك الحق، وإن أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه، قال مالك: وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة»(١).

وعن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق». أخرجه الدارقطني والبيهقي والحاكم وصححه(٢). قال الحافظ: «وفيه محمد بن مسروق لا يعرف»(٣). وبه قال الشافعي في الأموال وغيرها أي في كل يمين لو أقر بمطلوبها لزمه. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا ترد اليمين على المدعي بأي حال، فيستحق الحق بمجرد نكول المدعى عليه (٤). لحديث: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»(٥).

أما إن لم تحقق الدعوى بأن كانت مجرد اتهام ـ فإن المدعي يستحق المال بمجرد نكول المدعى عليه، لأن يمين التهمة لا ترد(٦).

وعلى القاضي أن يبين حكم النكول وما يترتب عليه في دعوى التهمة والتحقيق. ومن توجهت عليه يمين وسكت زمناً من غير إظهار نكول، فلا يعتبر ناكلاً(٧).

* * *

---

(١) الموطأ ٢/ ٧٢٢.

(٢) سنن الدارقطني ٤/ ٢١٣ والسنن الكبرى ١٠/ ١٨٤ والمستدرك ٤/ ١٠٠.

(٣) تلخيص الحبير ٤/ ٢٠٩.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ٤٧٦ـ ٤٧٧ والمغني ٩/ ٢٣٥.

(٥) المرجع السابق.

(٦) شرح الزرقاني على خليل ٧/ ٢٢٣.

(٧) المرجع السابق.

وَإِنْ حَازَ أَجْنَبِيٌّ غَيْرُ شَرِيكٍ عَقَاراً وَتَصَرَّفَ ثُمَّ ادَّعَى حَاضِرٌ سَاكِتٌ ـ بِلَا مَانِعٍ ـ عَشْرَ سِنِينَ لَمْ تُسْمَعْ وَلَا بَيِّنَتُهُ.

وَغَيْرُ العَقَارِ فِي الْقَرِيبِ الزِّيَادَةُ عَلَى عَشْرٍ، وَفِي الأَجْنَبِيِّ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ.

* * *

إذا حاز أجنبي غير شريك عقاراً، وتصرف فيه بهدم أو بناء كثيرين لغير إصلاح، أو بهبة أو صدقة أو زرع أو غرس أو إيجار أو بيع أو قطع شجرٍ أو تفجير ماء، ثم ادعى عليه حاضر ـ ولو حكماً كمن على مسافة يومين مع الأمن في حق الرجال ـ ساكن عشر سنين بلا مانع من التكلم ـ لم تسمع دعواه ولا بينته التي أقامها، قال في التحفة:

«والأجنبيُّ إن يَحُزْ أصلاً بحَقْ عشرَ سِنِينَ فالتَّملُّك اسْتَحَقْ
وَانقَطَعَتْ حُجَّةُ مُدَّعِيهِ مَع الحُضُور عن خِصَامٍ فِيهِ»[1]

وكذلك الشريك الأجنبي في العقار المحوز عشر سنين إن هدم أو بنى أو غرس أو قطع الشجر، وأولى إن باع أو وهب أو تصدق ـ فإن دعواه لم تسمع إذا كان الفعل الذي أحدث في العقّار كثيراً بالعرف، وكان لغير إصلاح، وإلا فلا يمنع من قيام شريكه[2].

والأصل في ذلك ما أخرجه ابن وهب في المدونة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»[3]. قال

(1) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٦٠.
(2) شرح الزرقاني على خليل ٧/ ٢٢٥ـ ٢٢٦.
(3) المدونة الكبرى ٤/ ٩٩.

عبد الجبار ـ راوي الحديث ـ: «وحدثني عبد العزيز بن المطلب عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ بمثله»[1].

غير أن عبد الجبار بن عمر الأيلي، الذي روي عنه ابن وهب الحديثين ضعفه البخاري وابن معين وأبو داود والترمذي والنسائي[2].

أما القريب غير أصل وفرع ـ شريكاً كان أم لا ـ فلا يستحق العقار بالتصرف الآنف الذكر إلا بمضي ما يزيد على أربعين سنة على المعتمد.

وأما الأصل والفرع أي الأب وإن علا والولد وإن سفل ـ فلا تعتبر الحيازة بينهما إلا إذا كان الحائز منهما تصرف بما يفيت الذات كالهبة والبيع أو كان بالهدم أو البناء ـ والآخر حاضر ساكت بلا عذر مدة طويلة تهلك فيها البينات وينقطع فيها العلم. وذلك يقدر بستين سنة[3].

وأما غير العقار من العروض وغيرها فإن الحيازة التي تفيته على القريب ـ شريكاً كان أم لا ـ هي ما زاد على عشر سنين، مع الحضور والسكوت بلا مانع. وفي الأجنبي ما زاد على ثلاث سنين مع تصرف الحائز وحضور الآخر وسكوته بلا مانع[4].

---

(١) المرجع السابق.
(٢) تهذيب التهذيب ٦/ ١٠٣ وميزان الاعتدال ٢/ ٥٣٤ والضعفاء للعقيلي ٣/ ٨٦.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٧/ ٢٢٥ـ ٢٢٦.
(٤) المرجع السابق والشرح الصغير ٤/ ٣٢٢.

كِتابُ الجِنَايَةِ عَلَى النَّفسِ ومَا دُونَها

إن أتلفَ مُكلفٌ ـ مَعْصُوماً عمداً. فالقَودُ لِوليِّه بإذنِ الْحَاكِم، ولا دية له إن عَفا وأطْلَق إلا أن تظْهَر إرادَتُها، فيحلِفُ وَيَبقى عَلَى حقِّه إنِ امْتَنَعَ.

* * *

حرم الله دم المسلم بغير حق وجعله من أعظم الكبائر، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾(١) وقال عز وجل: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً ﴾(٢).

وأخرج الشيخان عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس بغير حق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»(٣).

وعن عبد الله بن عمرو: «لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل

(١) الإسراء ٣٣.
(٢) النساء ٩٣.
(٣) زاد المسلم ١/ ١٢- ١٣.

مسلم». أخرجه النسائي والترمذي مرفوعاً وموقوفاً، وقال: إن وقفه أصح[1].
وموجبات القصاص ثلاثة: جان ومجني عليه وجناية وسيأتي تفصيل ذلك:

إذا قتل مكلف ـ أي بالغ عاقل، غير حربي ـ ولو سكر بحرام عمداً ـ معصوم الدم بإيمان أو أمان، غير حربي ولا مرتد ـ فالقصاص ثابت لولي المقتول، بإذن الحاكم، فإن اقتص الولي دون إذن الحاكم أُدِّب، لأن الحاكم هو الذي يأمر بتنفيذ القصاص.

وإذا قتل الجاني أجنبيٌّ (غير ولي الدم) عمداً ـ فإن ولي القتيل الأول يستحق دمه، إن شاء قتله وإن شاء عفا عنه، فلو قتل زيد عمراً فقتل أجنبي زيداً ـ استحق وَلي عمرو دم الأجنبي القاتل، ولا كلام لولي زيد.

وكذلك لو قطع زيد يد بكر فقطع أجنبي يد زيد فإن بكراً يستحق قطع يد ذلك الأجنبي، ولا كلام لزيد.

وإذا أرضى ولي القتيل الثاني ولي القتيل الأول بدية أو غيرها فإن دم الأجنبي القاتل ينتقل إلى ولـي القتيل الثاني، فإن شاء قتل وإن شاء عفا. وكذلك الحكم في القطع فإذا أرضى المقطوع الثاني المقطوع الأول بدية أو غيرها ـ انتقل القصاص إليه فيقتص من الأجنبي[2].

وإذا كان الجاني المذكور آنفاً في الصورتين ـ قد قتله أو قطعه أجنبي خطئاً فإن ولي المقتول الأول ونفس المقطوع الأول يستحقان الدية من الأجنبي على عاقلته حسبما سيأتي في دية الخطإ[3].

ويشترط في الجاني التكليف فلا يقتص من صبي ولا من مجنون، لحديث: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى

---

(1) عارضة الأحوذي على جامع الترمذي ٦/ ١٧٣ وفيض القدير ٥/ ٢٦٤.
(2) الشرح الصغير ٤/ ٣٣٧ـ ٣٣٨.
(3) المرجع السابق.

يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق». أخرجه الأربعة إلا الترمذي، وصححه الحاكم، وأخرجه ابن حبان. قاله الحافظ[1].

فإن كان المجنون يفيق أحياناً وجنى حال إفاقته اقتص منه في حال إفاقته، فإن جُنَّ بعد الإفاقة انتظرت إفاقته، فإن لم يفق فالدية في ماله[2].

وقال الشافعي وأحمد: إن جنى وهو عاقل ثم جُنَّ لم يسقط عنه القصاص، سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو بإقراره، ويقتص منه في حال جنونه[3].

ويشترط في المجني عليه أن يكون معصوماً ـ كما تقدم ـ وأن يكون مكافئاً للجاني أو أعلى منه في الحرية أو الإسلام.

وينظر إلى عصمة المقتول ومكافأته للجاني من وقت الإصابة أو الفعل إلى وقت الموت، فالحر إذا رمى عبداً وعتق بعد الرمي وقبل موته لا يقتص منه لعدم المكافأة وقت الفعل، وإذا رمى مسلماً وارتد بعد الرمي وقبل الموت لا يقتص منه لعدم عصمة المجني عليه وقت الموت[4].

والأصل في القصاص قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾[5] إلى قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[6]. وقوله عز وجل: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[7] وقوله عز وجل: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[8].

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٢٨.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٣٨.
(٣) الإقناع على أبي شجاع ٢/ ١٥٥ والمغني ٧/ ٦٦٥.
(٤) الشرح الكبير ٤/ ٢٣٨.
(٥) البقرة ١٧٨.
(٦) البقرة ١٧٩.
(٧) المائدة ٤٥.
(٨) الإسراء ٣٣.

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة. إلا أنه لا يشترط في القصاص مكافأة المقتول في الحرية والإسلام(١). وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على قتل الأدنى بالأعلى.

وإذا عفا ولي المقتول وأطلق العفو فلا دية، إلا أن تظهر قرينة بإرادة الدية مع النيّة، فيحلف الولي أي يصدق بيمينه، ويبقى على حقه في القصاص إن امتنع الجاني من دفع الدية(٢). والأصل في ذلك الآيتان المتقدمتان: «كتب عليكم القصاص في القتلى» «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس».

وفي الصحيحين من حديث أنس مرفوعاً: «كتاب الله القصاص»(٣).

فعلم بدليل الخطاب أن الولي ليس له إلا القصاص أو ما اتفق عليه مع القاتل قل أو كثر أو يعفو مجاناً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في أحد قوليهما (٤). وقولهما الآخر ـ وهو الأصح ـ أن للولي الدية إذا أطلق العفو، لأنه مخير بين الدية والقصاص، وهو قول لمالك رواه عنه أشهب. ورجحه ابن عبد البر وابن العربي والقرطبي(٥).

واحتج أهل هذا القول بما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يؤدى، وإما أن يقاد». هذا لفظ البخاري أما مسلم فلفظه: «إما أن يفدى، وإما أن يقتل»(٦).

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ٣ والمبدع ٨/ ٢٦٢ والهداية ٤/ ١٦٠- ١٦١.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٤٠.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٤٧.
(٤) اللباب ٣/ ١٤١ ومغني المحتاج ٤/ ٤٩ وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٢٩ والمغني ٧/ ٧٤٢- ٧٥٦.
(٥) المرجعان السابقان والروض المربع ٢/ ٣٣٤ والكافي ٢/ ١١٠٠ وأحكام القرآن ١/ ٦٧ -٦٨ وتفسير القرطبي ٢/ ٢٥٢- ٢٥٣.
(٦) صحيح البخاري ٦/ ٢٥٢٢ وصحيح مسلم ٢/ ٩٨٨.

قال النووي: «معناه: ولي المقتول بالخيار، إن شاء قتل القاتل وإن شاء أخذ فداءه وهي الدية، وهذا تصريح بالحجة للشافعي وموافقيه أن الولي بالخيار بين أخذ الدية وبين القتل، وأن له إجبار الجاني على أي الأمرين شاء ولي القتيل».

ثم قال النووي: إن للشافعي قولاً آخر أن الواجب في العمد إنما هو القصاص لا غير. قال: «وتظهر فائدة الخلاف في صور منها لو عفا الولي عن القصاص، إن قلنا الواجب أحد الأمرين سقط القصاص ووجبت الدية، وإن قلنا الواجب القصاص بعينه لم يجب قصاص ولا دية»[1] اهـ.

* * *

إن تَعَمَّدَ ضَرْباً لَمْ يَجُزْ وإنْ بِقَضِيبٍ، كَخَنْقٍ ومَنْعِ طَعَامٍ، وَلاَ قَسَامَةَ إنْ أَنْفَذَ مَقْتَلَهُ أَوْ مَاتَ مَغْمُوراً وَكَطَرْحِ غَيْرِ مُحْسِنٍ لِلْعَوْمِ وتَقْدِيمِ مَسْمُومٍ.

* * *

هذا هو الموجب الثالث للقصاص، وهو الجناية وتقدم الكلام على الموجبين الآخرين وهما: الجاني، ويشترط فيه التكليف والعصمة بإسلام أو أمان، والمجني عليه، وتقدم أنه يشترط فيه العصمة والمكافأة للقاتل أو يكون دونه في العصمة.

أما الجناية فيشترط فيها تعمد الفعل الذي سبب القتل ولو لم يكن يقتل عادة كضرب بسوط أو عصا ونحوهما إن كان الفعل غير جائز، بأن كان لعداوة أو غضب، لا إن كان الفعل جائزاً كأدب ولعب فلا قود فيه[2].

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٢٩.

(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٣٨.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه ـ الذي لا اختلاف فيه عندنا أن الرجل إذا ضرب الرجل بعصا، أو رماه بحجر أو ضربه عمداً ـ فمات من ذلك، فإن ذلك هو العمد وفيه القصاص»[1] اهـ.

وقال الشافعي وأحمد: العمد هو أن يقصد من يعلَمُه آدمياً معصوماً، فيقتله بما يغلب على الظن موته به[2]. وقال أبو حنيفة: العمد هو ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالنار والمحدد من الخشب[3].

وذهب الشافعي وأحمد إلى أن ما قُتِل بالعصا والسوط ونحوهما مما لا يقتل غالباً ـ أنه شبه عمد، تجب فيه الدية المغلظة ولا قصاص فيه[4]. لما جاء في حديث عبد الله بن عمرو مرفوعاً: «ألا إن دية الخطإ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا ـ مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها». أخرجه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان وابن القطان[5].

وقال أبو حنيفة: شبه العمد أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أُجري مجرى السلاح، وخالفه صاحباه فقالا بما قال الشافعي وأحمد[6]. واستدل أبو حنيفة بحديث: «كل شيء خطأ إلا ما كان أصيب بحديدة، ولكل خطأ أرش». أخرجه الدارقطني عن النعمان بن بشير مرفوعاً[7]. وأخرج ابن ماجه والبزار نحوه. وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف. قاله في مجمع الزوائد[8].

(١) الموطأ ٢/ ٨٧٢.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٣ والروض المربع ٢/ ٣٣٠.
(٣) الهداية ٤/ ١٥٨.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ٤ والروض المربع ٢/ ٣٣١.
(٥) مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣٨١ وتلخيص الحبير ٤/ ١٥.
(٦) اللباب ٣/ ١٤١- ١٤٢.
(٧) سنن الدارقطني ٣/ ١٠٧.
(٨) مجمع الزوائد ٦/ ٢٩١.

أما مالك فإنه ليس عنده إلا العمد أو الخطأ، ولا ثالث لهما، لأن الله لم يذكر في كتابه غيرهما. قاله في المقدمات[١]. إلا أن الأب إذا قتل ابنه بما يحتمل به عدم قصد إزهاق روحه لا يقتل به، وتغلظ عليه الدية في ماله كما سيأتي إن شاء الله.

ومن صُور العمد الموجب للقصاص خنق المعصوم، أو منعه من الطعام والشراب حتى يموت، إن قصد قتله، أو لم يقصده وعلم أنه يموت بالخنق ومنع الطعام والشراب منه، بلا عذر من تأويل وغيره. قال ابن عرفة: «من صور العمد ما ذكره ابن يونس عن بعض القرويين ـ أن من منع فضل مائه مسافراً عالماً أنه لا يحل منعه، وأنه يموت إن لم يسقه ـ قتل به وإن لم يل قتله بيده» نقله البناني [٢].

ولا قسامة على أولياء المقتول إن أنفذ القاتل مقتله بشيء مما تقدم، أو لم ينفذه ومات مغموراً، حيث لم يتكلم ولم يُفق من حين الفعل حتى مات، فيستحق ولي المقتول القصاص في المسألتين دون قسامة، أما إن لم ينفذ مقتله أو لم يمت مغموراً فإنه لا بد من أيمان القسامة[٣].

وسيأتي حكمها إن شاء الله.

وكطرح معصوم لا يحسن العوم في نهر ونحوه لعداوة أو غيرها، وطرح من يحسنه عداوة فغرق، فالقصاص في المسألتين.

وإذا جهل كونه يحسن العوم وطرحه في نهر وغرق، فإن كان فعل ذلك عداوة فالقصاص، وإن كان فعله لعباً فالدية ولا قصاص[٤].

وكتقديم مسموم من طعام أو غيره ـ لمعصوم غير عالم بأنه مسموم

(١) المقدمات ٣/ ٢٨٧.
(٢) حاشية البناني على الزرقاني ٨/ ٨.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٨.
(٤) حاشية البناني على الزرقاني ٨/ ٨.

فتناوله ومات، فيقتص ممن قدمه إن كان عالماً بأنه مسموم، وإلا فلا[1].

والأصل في ذلك حديث أبي سلمة قال: «كان النبي ﷺ يقبل الهدية ولا يأكل الصدقة، فأهدت له يهودية بخيبر شاة مصلية سمتها، فأكل رسول الله ﷺ منها، وأكل القوم، فقال: «إرفعوا أيديكم فإنها أخبرتني أنها مسمومة، فمات بشر بن البراء بن المعرور الأنصاري فأرسل إلى اليهودية؛ ما حملك على الذي صنعت؟» قالت: إن كنت نبياً لم يضرك الذي صنعت، وإن كنت ملكاً أرحت الناس منك، فأمر بها رسول الله ﷺ فقُتلت». خرجه أبو داود والبيهقي والدارقطني، وسكت عنه أبو داود والمنذري[2].

تنبيــه: من شروط القصاص عند الثلاثة أن لا يكون القاتل أباً للمقتول فلا يقتل الوالد بولده[3]. لحديث: «لا يقاد الوالد بالولد». أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه عن عمر مرفوعاً وصححه ابن الجارود والبيهقي، وقال الترمذي إنه مضطرب[4].

أما مالك فقال: إن الأب يقتل بابنه إذا قتله بحالة لا مجال للشك في أنه متعمد قتله كإضجاعه وذبحه ونحو ذلك، وإلا فلا يقتل به. ومثل الأب الأم والجد والجدة. واستدل للقتل بعموم الآية: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[5].

واستدل لعدمه عند عدم قصده لإزهاق روح الابن بحديث المدلجي الآتي إن شاء الله.

تنبيــه: لو قال معصوم لآخر إن قتلتني أبرأتك فقتله، فإنه يقتل به، لعفوه عن شيء لم يجب له. وإنما يجب لأوليائه، هذا هو مشهور المذهب،

---

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٩.

(٢) مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣١٠ والسنن الكبرى ٨/ ٤٦ وسنن الدارقطني ٣/ ١٢١.

(٣) اللباب ٣/ ١٤٤ والمهذب ٢/ ١٧٤ والمبدع ٨/ ٢٧٣.

(٤) بلوغ المرام ص ٢٤٥.

(٥) المائدة ٤٥.

وقيل: لا يقتل للشبهة، وعليه الدية في ماله، وهو الأظهر عند ابن رشد، وقيل: يضرب مائة ويحبس سنة(١).

وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا قصاص، وفي وجوب الدية عليه روايتان(٢).

وقال الشافعي: لا قود عليه، ولا دية في الأظهر، ففي المنهاج وشرحه مغني المحتاج: «ولو قال حر مكلف رشيد أو سفيه لآخر: اقطعني؛ أي اقطع يدي مثلاً ـ ففعل فهدر؛ لا قصاص ولا دية، للإذن فيه. . فإن سرى للنفس، أو قال له ابتداء اقتلني فقتله ـ فهدر في الأظهر، للإذن، وفي قول: «تجب دية. الخلاف مبني على أن الدية ثبتت للميت ابتداء في آخر جزء من حياته، ثم يتلقاها الوارث، أو ثبتت للوارث ابتداء عقب هلاك المقتول، إن قلنا بالأول ـ وهو الأصح ـ لم تجب، وإلا وجبت»(٣) اهـ.

والصحيح عند أحمد كالصحيح عند الشافعي من أنه لا قود ولا دية، على من قال لغيره: اقتلني فقتله، قال في الإنصاف: «ولو قال لغيره: اقتلني أو اجرحني ففعل، فدمه وجرحه هدر، على الصحيح، وعنه عليه الدية، وقيل عليه ديتهما، ذكره في الرعاية، وعنه: عليه الدية للنفس دون الجرح، ويحتمل القود فيهما، وهو لصاحب الرعاية»(٤) اهـ.

* * *

وَيُقْتَصُّ مِنَ المتَسَبِّب كَحَفْرٍ لِبِئْرٍ وَإِنْ بِبَيْتِهِ أَوْ رَبْطِ دَابَّةٍ بِطَرِيقٍ أَوْ كَلْبٍ عَقُورٍ وَهَلَكَ الْمَقْصُودُ وَإِلاَّ فَالدِّيَةُ.

* * *

(١) مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٣٦.
(٢) بدائع الصنائع ٧/٢٣٦.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٥٠.
(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٩/ ٤٥٥.

الكلام هنا على جناية المتسبب في الهلاك، فإذا قصد إنسان ضرر معصوم بعينه، وهلك ذلك المعين بسببه، فإنه يقاد منه، وذلك كحفره لبئر وإن ببيته فيقع فيها المقصود، أو ربط دابة في طريق المقصود، أو اتخاذ كلب عقور شأنه القتل، فيهلك المقصود بأحد هذه الأسباب، فإن المتسبب يقتص منه.

أما إذا لم يقصد بالأسباب المذكورة ضرر مُعيّن وإنما قصد مطلق الضرر، أو قصد ضرر معين وهلك غيره فإن اللازم في ذلك الدية في الحر المعصوم، والقيمة في غيره.

وأما إن لم يقصد بحفر البئر وما بعدها أي ضرر فلا شيء عليه ويكون دم الهالك هدراً إن حفر البئر بملكه، أو ربط الدابة في بيته، أو في مكان عام على وجه الاتفاق، أواتخذ الكلب في بيته لحراسة، وكان اتخاذه بوجه جائز كدفع صائل أو سبع إن لم يقدم له إنذار عند حاكم، وإلا ضمن[1].

والأصل في ذلك كله عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: والأمر عندنا في الذي يحفر البئر في الطريق أو يربط الدابة أو يصنع أشباه ذلك على طريق المسلمين ـ أن ما صنع من ذلك مما لا يجوز أن يصنعه على طريق المسلمين، فهو ضامن لما أصيب في ذلك. من جرح أو غيره، فما كان من ذلك عقله دون ثلث الدية فهو في ماله خاصة، وما بلغ الثلث فصاعداً فهو على العاقلة، وما صنع من ذلك مما يجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين فلا ضمان عليه فيه ولا غرم. ومن ذلك البئر يحفرها الرجل للمطر، والدابة ينزل عنها الرجل للحاجة فيقفها على الطريق فليس على أحد في هذا غُرم»[2] اهـ.

ويؤيد هذا حديث: «جرح العجماء جُبار، والبئر جُبار، والمعدِن جُبار،

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٩.

(٢) الموطأ ٢/ ٨٦٩.

وفي الركاز الخمس». أخرجه مالك واللفظ له ـ والشيخان عن أبي هريرة مرفوعاً[1].

* * *

وَكَالْإِكْرَاهِ وَإِشَارَتِهِ بِسِلَاحٍ فَهَرَبَ وَطَلَبَهُ وَبَيْنَهُمَا عَـدَاوَةٌ وَرَمْيِ حَيَّةٍ عَلَيهِ، وَكَإِمْسَاكِهِ لِلْقَتْلِ وَلَوْلَاهُ مَا قَدَرَ الْقَاتِلُ.

* * *

من أكره غيره على قتل معصوم عمداً ـ قتلا به، أي يقتل المتسبب ـ وهو المكرِه (بكسر الراء) ويقتل المباشر، وهو المكرَه (بفتح الراء)[2].

وبه قال أحمد والشافعي في الأصح عنه، وقال أبو حنيفة: يقتل المكرِه (بكسر الراء) فقط[3] لحديث: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهُوا عليه». أخرجه الطبراني عن ثوبان مرفوعاً وأشار السيوطي لصحته لكن تعقبه المناوي، فقال إن الهيثمي ضعفه[4].

ومن أشار إلى معصوم بسلاح كسيف أو بندقية ـ فهرب وطلبه المشير بالسلاح ومات دون سقوط، أي مات فزعاً فالقصاص بلا قسامة إن كانت بينهما عداوة. وإن سقط حال هـربه ومات فبقسامة، أي إن الأولياء يقتصون من المشير بقسامة فيحلفون خمسين يميناً أنه مات من خوفه لا من السقوط.

وإن لم تكن بينهما عداوة فاللازم الدية؛ سقط حال هـربه أم لا، وكذلك إذا كانت بينهما عداوة واقتصر الأمر على الإشارة فقط دون الطلب فلا

(١) المرجع السابق وصحيح البخاري ٢/ ٥٤٥ـ ٥٤٦ وصحيح مسلم ٣/ ١٣٣٤.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٤٢.
(٣) الروض المربع ٢/ ٣٣١ والمهذب ٢/ ١٧٧ ورحمة الأمة ص ٣٢٧.
(٤) فيض القدير ٤/ ٣٤ ـ ٣٥.

قود وإنما اللازم الدية على العاقلة مخمسة، وقال اللخمي: تكون الدية على المشير مغلظة(١).

ومن رمى على معصوم حية، غير ميتة فمات اقتص من رامي الحية ولو كان فعله على وجه اللعب، وإن لم تلدغ من رُميت عليه، أما إن كانت الحية ميتة أو كانت حية صغيرة لا تلدغ عادة، ومات من رُميت عليه فإن اللازم الدية إن كان ذلك على وجه اللعب، وإن كان على وجه العداوة فالقصاص(٢).

تنبيـه: كثر اللعب بأشياء مُرَوِّعة وإن لم تكن تقتل، منها الإشارة بالأسلحة كالمسدسات الصوتية التي لا رصاص فيها، وكإلقاء تماثيل الحيات المصنوعة من المطاط: (البلاستيك)، والظاهر أن تمثال الحية لا يختلف بهذا الشكل ـ عن الحية الميتة التي تقدم الكلام على حكم من ألقاها على معصوم على وجه اللعب، أو العداوة فحكمهما سواء. والله أعلم.

ومن الأسباب الموجبة للقود أن يُمسك شخص معصوماً لمن يعلم أنه يريد قتله ظلماً وعدواناً ـ إذا كان القاتل لا يقدر على قتله إلا بذلك الإمساك فيقاد من القاتل لأنه مباشر، ومن المُمسك لأنه متسبب في قَتْلٍ لولاه لم يقع، وإن أمسكه لغير القتل أو له وكان الذي يطلبه يدركه مطلقاً يقتل المباشر وحده، ويعزر الممسك فيحبس سنة ويجلد مائة(٣).

وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يقتل الممسك مطلقاً وإنما يُقتل المباشر وحده. ولأحمد روايتان: إحداهما مثل قول مالك والأخرى أن القاتل يقتل ويحبس الممسك حتى يموت(٤).

والأصل في ذلك حديث: «إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ـ يقتل

---

(١) منح الجليل ٤/ ٣٥٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٧٣.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ٨ـ ٩ والمنتقى ٧/ ١٢١ والمبدع ٨/ ٢٥٩.

الذي قتل ويحبس الذي أمسك». رواه الدارقطني موصولاً وصححه ابن القطان، ورجاله ثقات، إلا أن البيهقي رجح المرسل. قاله الحافظ(١).

فمالك جعل الحديث وارداً فيمن أمسك معصوماً لمن لا يريد قتله، أو لمن يريد القتل، ولكن يدركه ولو لم يحبس له. وأما الثلاثة فحملوه على العموم.

* * *

وَيُقْتَلُ الأَدْنَى بالأَعْلَى كَحُرٌّ كِتَابِيٍّ بِعَبْدٍ مُسْلِمٍ، وَالْكُفَّارُ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ وَالذَّكَرُ بالأُنْثَى وَالصَّحِيحُ بِالْمَرِيضِ، وَسَيِّدٌ أَمَرَ عَبْدَهُ وَأَبٌ أَوْ مُعَلِّمٌ أَمَرَ صَبِيّاً، وَشَرِيكُ صَبِيٍّ لَا شَرِيكُ مُخْطِيءٍ ويُقْتَلُ الْجَمْعُ بِوَاحِدٍ وَالْمُتَمَالِئُونَ.

* * *

تقدم أن من شروط القصاص أن يكون المقتول مكافئاً للقاتل في الحرية والإسلام، أما مكافأة القاتل للمقتول فليست بشرط، ولذلك يقتل الأدنى إذا قتل الأعلى ولا عكس، فيقتل العبد المسلم بالحر المسلم، ولا يقتل به إلا إذا قتله غيلة. ويُقتل الذمي والمعاهد بالمسلم ولا يقتل بهما إلا إذا قتلهما غيلة فيقتل بهما(٢).

والأصل في ذلك حديث أبي جحيفة قال: «قلت لعلي هل عندكم شيء من الوحي ليس في القرآن؟ فقال: لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة، إلا فهماً يعطيه الله رجلاً في القرآن، وما في هذه الصحيفة. قلت: وما في

(١) بلوغ المرام ص ٢٤٨.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٣٣.

هذه الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير، وأن لا يقتل مسلم بكافر». رواه أحمد والبخاري وغيرهما[1].

أما عدم قتل المسلم الحر بالعبد فالأصل فيه حديث: «لا يقتل حر بعبد» رواه الدارقطني والبيهقي عن ابن عباس. وفيه جويبر وغيره من المتروكين[2]. ويؤيده أثر عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أبا بكر وعمر كانا لا يقتلان الحر بالعبد، قاله في التلخيص[3].

أما قتل المسلم بالذمي والمعاهد إذا قتلهما غيلة فالأصل فيه عمل أهل المدينة ففي الموطإ قال مالك: «الأمر عندنا أن لا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتله مسلم قتل غيلة فيقتل به»[4].

وبه قال الشافعي وأحمد: أي إن العبد والذمي والمعاهد يقتلون بالمسلم ولا يقتل بهم، ولم يفرقا بين قتل الغيلة وغيره[5]. وقال أبو حنيفة: يقتل المستأمن بالحر المسلم ولا يقتل به، لأنه غير محقون الدم على التأبيد. ويقتل كل من المسلم والذمي بالآخر وكذلك الشأن في المسلم والعبد إلا إذا كان العبد للقاتل فلا يقتل به[6].

واستدل أبو حنيفة لقتل المسلم بالذمي بحديث عبد الرحمن بن البيلماني أن النبي ﷺ قتل مسلماً بمعاهد وقال: «أنا أولى من وفى بذمته». أخرجه عبد الرزاق هكذا مرسلاً، ووصله الدارقطني بذكر ابن عمر فيه، وإسناد الموصول واه»[7].

---

(١) نيل الأوطار ٧/ ١٥٠.
(٢) تلخيص الحبير ٤/ ١٦.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الموطأ ٢/ ٨٦٤.
(٥) المهذب ٢/ ١٧٣ والمبدع ٨/ ٢٦٦.
(٦) اللباب ٣/ ١٤٤.
(٧) بلوغ المرام ص ٢٤٨ ونصب الراية ٤/ ٣٣٥- ٣٣٦.

ويقتل الحر الكتابي بالعبد المسلم ولا يقتل به، لأن الإسلام أعلى من الحرية. ولعموم الحديث السابق: «وأن لا يقتل مسلم بكافر» ويقتل العبد المسلم بالعبد المسلم لقوله تعالى: ﴿ والْعَبْدُ بالْعَبدِ ﴾(١).

ويقتل الكفار ـ الذين لهم أمان ـ بعضهم ببعض وإن اختلفت مللهم، فيقتل كل من اليهودي والنصراني والمجوسي والمؤمن الذي لا ملة له ـ بالآخر لأن الكفر كله ملة واحدة في هذا الباب وأما في باب الإرث فهو ملل. وهذا بشرط التكافؤ في الحرية والرِّقِّيَّة، فلا يقتل حر بعبد. ولا قصاص للحربي لعدم عصمته(٢).

ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر، لعموم قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾. ولحديث الصحيحين واللفظ لمسلم: «عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنَ جارية وُجد رأسها قد رُضَّ بين حجرين فسألوها: من صنع بكِ هذا؟ فلان فلان؟ حتى ذكروا يهودياً فأومأت برأسها فأُخِذ اليهودي فأقر، فأمر رسول الله ﷺ أن يُرَضَّ رأسه بين حجرين»(٣).

وفي حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتاباً». وفي هذا الكتاب: «وأن الرجل يقتل بالمرأة» أخرجه النسائي وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولاً. وأخرجه أيضاً أبو داود في المراسيل. وقد صححه جماعة من أئمة الحديث، منهم أحمد والحاكم وابن حبان والبيهقي. قاله في نيل الأوطار(٤). ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، قال: «وأجمعوا على أن القصاص بين المرأة والرجل في النفس إذا كان القتل عمداً ورُوي عن عطاء والحسن غير ذلك»(٥).

---

(١) البقرة ١٧٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٤١.

(٣) سبل السلام ٣/ ١١٩٠.

(٤) نيل الأوطار ٧/ ٢١٢- ٢١٣.

(٥) الإجماع لابن المنذر ص ١١٤.

ويقتل الصحيح بالمريض والكامل الأعضاء والحواس بالناقص عضواً كيد أو حاسة كسمع، ويقتل الشريف بغيره، لحديث: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم، ولا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده». أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي من وجه آخر. وصححه الحاكم[1].

ويقتل أب أو معلم صنعة أو قرآن أمر صبياً بقتل معصوم فقتله، لأنه متسبب في القتل، ولا يقتل الصبي لعدم تكليفه، ويكون نصف الدية على عاقلته، مع قتل الأب أو المعلم. ويقتل سيد أمر عبده بقتل حر فقتله، ويقتل العبد إن كان مكلفاً[2].

وإذا تمالأ صبي وبالغ على قتل معصوم فقتلاه ـ قتل البالغ، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية لأن عمده خطأ لعمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا قود بين الصبيان، وأن عمدهم خطأ، ما لم تجب عليهم الحدود ويبلغوا الحلم، وأن قَتْلَ الصبي لا يكون إلا خطئاً»[3]. فإن لم يتمالأ على قتله وتعمداه أو تعمده الكبير فقط فعليه نصف الدية في ماله وعلى عاقلة الصغير نصفها[4].

ونقدم حديث: «رفع القلم عن ثلاثة»[5].

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة قال في الكتاب: «وعمد الصبي والمجنون خطأ»[6]. ومثله في مغني المحتاج والمغني[7] وتقدم أن السكران يقاد منه عندنا إذا سكر بحرام، وبه قال الشافعي وأحمد[8].

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٤٥.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٤٥.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٥٢.
(٤) الشرح الصغير ٤/٣٤٦.
(٥) تبيين المسالك ٤/٣٩١ ـ ٣٩٢.
(٦) اللباب ٣/ ١٦٢.
(٧) مغني المحتاج ٤/ ١٥ والمغني ٧/ ٦٦٤ـ ٦٦٥.
(٨) المرجعان السابقان.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة وأقوال بعض التابعين ففي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران؟ فقالا: إذا طلق السكران جاز طلاقه، وإذا قتل قُتِل به. قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا»[1].

وإذا اشترك عامد مع مخطىء أو مجنون في قتل معصوم فلا قصاص على العامد، لاحتمال أن يكون الموت من فعل المخطىء أو المجنون وهما لا قصاص عليهما بأي حال، قال خليل: «لا شريك مخطىء ومجنون»[2]. قال عق: «وعلى عاقلة المخطىء والمجنون نصف دية خطأ، وعلى الشريك المتعمد نصف دية عمد في ماله»[3] اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد[4].

ويقتل اثنان فأكثر بواحد إن تعمدوا ضربه ولم تتميز ضرباتهم أو تميزت وتساوت، وإلا قُتِل الأقوى ضرباً في القتل إن علم، وعوقب غيره، فإن لم يعلم قتل الجميع[5].

وبنحوه قال الثلاثة، قال في مغني المحتاج: «ويقتل الجمع بواحد وإن تفاضلت جراحاتهم في العدد والفحش والأرش». وقال في المغني: «وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص، روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة، وهو مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي»[6].

---

(١) الموطأ ٢/ ٥٨٨.
(٢) مختصر خليل ص ٢٧٤.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ١١.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ٢٠ والمغني ٧/ ٦٧٧ـ ٦٧٨.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٣٤٤.
(٦) مغني المحتاج ٤/ ٢٠ والمغني ٧/ ٦٧١.

ويقتل المتمالئون على قتل معصوم، إن قصدوا كلًا قتلَهُ، وإن لم يباشر القتل إلا أحدهم، بشرط أن يكون إذا لم يباشر واحد لم يتركه الآخر(١).

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نفراً خمسة أو سبعة برجلٍ واحد قتلوه قتـل غيلة وقال عمر: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعـاً»(٢) وأخرجه البخاري عن ابن عمر موقوفاً على عمر أيضاً(٣).

* * *

وإِذَا تَصَادَمَ شَخْصان أَوْ تَجَاذَبَا قصداً فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَالْقَوَدُ وَإِنْ كَانَ تَصَادُمُهُمَا أَوْ تَجَاذُبُهُمَا خَطَئاً فَمَاتَا فَدِيَةُ كُلٍ مِنْهُمَا عَلَى عَاقِلَةِ الآخرِ، وَحُمِلاَ عِنْدَ الْجَهْلِ عَلَى الْقَصْدِ فِي غَيْرِ السَّفِينَتَيْنِ.

* * *

إذا تصادم مكلفان معصومان أو تجاذبا حبلًا أو غيره عمداً سواء كانا راكبين أو ماشيين أو مختلفين ولو بسفينتين على الراجح ـ فالقصاص على من بقي منهما، وإن ماتا معاً فلا دية ولا قود لفوات محله. وإن كان تصادمهما أو تجاذبهما على وجه الخطأ وماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، وإن مات أحدهما فديته على عاقلة من بقي(٤).

ففي المدونة: «قلت أرأيتَ إذا اصطدم فارسان فقتل كل واحد منهما

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/٢٤٥.
(٢) الموطأ ٢/ ٨٧١.
(٣) البخاري ٦/ ٢٥٢٧.
(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٤٧.

صاحبه؟ قال: قال مالك: عقل كل واحد منهما على قبيل صاحبه، وقيمة فرس كل منهما في مال صاحبه»[1] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد، ولم يفرقا بين العمد والخطأ، فاللازم هو الدية على العاقلة، ولأحمد رواية أن اصطدامهما إذا كان عمداً فإنهما يضمنان الدية دون عاقلتهما، واستظهرها صاحب الرعاية. وله رواية أخرى أن على عاقلة كل منهما نصف الدية[2].

وقال الشافعي إذا اصطدما بلا قصد، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية مخففة، لأن كل واحد هلك بفعله وفعل صاحبه، وإن قصدا جميعاً الاصطدام، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية مغلظة، وإن قصد أحدهما الاصطدام فماتا، فلكل منهما حكمه في التخفيف والتغليظ[3].

ويلاحظ أن إمامنا مالكاً تفرد بلزوم القصاص في حال تعمد المصادمة، بل إنه عند جهل القصد والخطأ يُحمَل المتصادمان على القصد في غير السفينتين، أما السفينتان فعند جهل الخطإ والعمد، يحمل تصادمهما على الخطإ والعجز، وحينئذ يكون التالف فيهما هدراً، وإن كان ذلك عن عمد أو تقصير ضمن ملاحوهما[4].

ففي المدونة: «قلت: أرأيت لو أن سفينة صدمت سفينة أخرى فكسرتها فغرق أهلها؟ قال: قال مالك: إذا كان ذلك من الريح غلبتهم، ومن شيء لا يستطيعون حبسها منه فلا شيء عليهم، وإن كانوا لو شاءوا أن يصرفوها صرفوها فهم ضامنون»[5] اهـ.

---

(١) المدونة ٤/ ٥٠٦.

(٢) فتح القدير ٨/ ٣٤٨ والإنصاف ١٠/ ٣٥- ٣٦.

(٣) مغني المحتاج ٤/ ٨٩- ٩٠.

(٤) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٤٨.

(٥) المدونة ٤/ ٥٠٦.

قلت: والظاهر أن تصادم السيارتين كتصادم الفارسين، لأن السائق الماهر أقدر على كبح سيارته، والسيطرة عليها من الفارس. أما جاهل السياقة الذي لا يتحكم في سيارته، فإنه لا تحل له السياقة، وإلا كان مخاطراً بحياته وحياة غيره: ومعنى ذلك أنه يكون ضامناً، مثله مثل الطبيب الجاهل الآتي ذكره، والله أعلم.

هذا ويُرجع إلى قوانين تنظيم المرور في هذا المجال، بحيث ينظر إلى المعتدي ومن لم يلتزم بالسرعة المحددة التي باستطاعة السائق أن يتحكم في السيارة إذا التزم بها، وإلى من له الأسبقية في الطريق وما إلى ذلك، مع أنه قد يطرأ خلل مفاجىء على السيارة ليس بمقدور السائق تفاديه فينظر إلى ذلك كله.

وإن تلك القوانين لا تخالف في أكثرها الشرع الإسلامي، بل إن معظمها مندرج تحت المصالح المرسلة التي لم يرد نص باعتبارها، ولا بإلغائها، وفيها مصلحة للمسلمين. وقد تكلمنا على المصالح المرسلة، وحجيتها عند مالك وغيره، في الجزء الأول من كتابنا هذا[1].

* * *

وَمَا دُونَ النَّفْسِ كالنَّفْسِ فِي الْفِعْلِ وَالْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ إلَّا نَاقِصاً جَنَى عَلَى كامِلٍ، فَلَا قِصَاصَ مِنَ النَّاقِصِ عَلَى الْمَشْهُورِ.

* * *

حكم الجناية فيما دون قتل النفس كحكم الجناية بالقتل نفسه، وذلك في الفعل؛ بحيث يقصد به العدوان. وفي الفاعل بأن يكون الجاني مكلفاً

(١) تبيين المسالك ١/ ٢٩.

معصوماً وفي المفعول بحيث يكون المجني عليه معصوماً بإيمان أو أمان.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِم فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُروحَ قِصَاصٌ ﴾[1].

وعن أنس أن الربيع بنت النضر عمته كَسرت ثنية جارية فطلبوا إليها العفو فأبوا، فعرضوا الأرش فأبوا، فأتوا رسول الله ﷺ فأبوا إلا القصاص، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص، فقال أنس بن النضر: يا رسول الله: أتكسر ثنية الربيِّع؟ لا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها. فقال رسول ﷺ: «يا أنس: كتاب الله القصاص». فرضي القوم فعفوا، فقال رسول الله ﷺ: «إن من عباد الله مَن لو أقسم على الله لأبره». متفق عليه واللفظ للبخاري. قاله في بلوغ المرام[2].

وعليه الإجماع وعمل أهل المدينة، قال في المغني: «وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن، ولأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص، فكان كالنفس في وجوبه»[3] اهـ. وفي الموطإ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن من كسر يداً أو رجلاً عمداً ـ أنه يقاد منه ولا يَعقِل، قال مالك: ولا يقاد من أحد حتى تبرأ جراح صاحبه»[4].

ويستثنى من ذلك جرح ناقص لكامل، كأن يجرح كافر مسلماً أو عبد حراً مسلماً فلا قصاص في ذلك على المشهور، لأنه كجناية يد شلاء على صحيحة. وإن كان يقتص منهما في النفس كما تقدم[5].

---

(١) المائدة ٤٥.
(٢) بلوغ المرام ص ٢٤٧.
(٣) المغني ٧/ ٧٠٣.
(٤) الموطأ ٢/ ٨٧٥.
(٥) المنتقى ٧/ ١٢٢.

ففي الموطإ: «قال مالك: ليس بين الحر والعبد قود في شيء من الجراح، والعبد يقتل بالحر إذا قتله عمداً، ولا يقتل الحر بالعبد إن قتله عمداً، وهو أحسن ما سمعت»(١) اهـ.

وقيل: إن الجناية على ما دون النفس كالجناية على النفس مطلقاً لا فرق في ذلك بين جناية ناقص على كامل وغيره، وبه قال أحمد والشافعي(٢). وقال أبو حنيفة: لا قصاص بين الحر والعبد ولا بين الرجل والمرأة فيما دون النفس. أما المسلم والكافر فالقصاص بينهما في الأطراف وفي النفس سواء(٣).

* * *

وَاقْتُصَّ مِنْ مُوضِحَةٍ وَمَا دُونُهَا مِنْ دَامِيَةٍ وخَارِصَةٍ وسِمْحَاقٍ وَبَاضِعَةٍ ومُتَلَاحِمَةٍ وَمِلْطَاةٍ، وَمِنْ طَبِيبٍ زَادَ عَمْداً وإلَّا فالْعَقْلُ.

* * *

هذا بيان لما يقتص منه في الجروح وما لا يقتص منه. فمما يكون فيه القصاص: الموضِحة (بكسر الضاد المعجمة) وهي التي اظهرت عظم الرأس أو الجبهة أو الخدين.

كما يكون القصاص فيما دون الموضحة من كل ما لا يظهر به العظم وهي ست: ثلاث متعلقة بالجلد، وثلاث متعلقة باللحم. فالثلاث المتعلقة بالجلد هي الدامية وهي التي أضعفت الجلد حتى يرشح منه شيء كالدم من غير أن ينشق. والخارصة وهي التي شقت الجلد، والسِّمحاق (بكسر السين المهملة) وهي التي كشطت الجلد، أي أزالته عن اللحم.

(١) الموطأ ٢/ ٨٧٤.
(٢) المنتقى ٧/ ١٢٢ والمغني ٧/ ٦٨٠ ومغني المحتاج ٤/ ٢٥.
(٣) اللباب ٣/ ١٤٧ـ ١٤٨.

وأما الثلاث المتعلقة باللحم فهي الباضِعة، وهي التي شقت اللحم والمتلاحِمة وهي التي غاصت في اللحم في عدة مواضع منه ولم تقرب للعظم، والمِلطاة (بكسر الميم) وهي ما قربت للعظم وبقي بينهما ستر قليل[1].

وقال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة ليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة[2].

ويقتص من جراح غير الرأس، ويعتبر ذلك بالمساحة طولاً وعرضاً وعمقاً بشرط أن يتحد المحل، فلا يقتص من جرح عضو أيمن في أيسر ولا عكسه، ولا تقطع سبابة بإبهام مثلاً. وإنما اللازم في ذلك الدية[3].

ويقتص من طبيب زاد في القصاص من الجاني عمداً، يقتص منه بقدر مساحة الزيادة، وإن لم يتعمد فلا يقتص منه، وإنما اللازم الدية فيما زاد به. وإن مات المقتص منه فالقصاص من الطبيب في العمد، والدية على عاقلته في الخطإ.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة أن عليه العقل، وأن ذلك من الخطإ الذي تحمله العاقلة، وأن كل ما أخطأ به الطبيب أو تعدى إذا لم يتعمد ذلك ففيه العقل»[4] اهـ.

قال الباجي: «وهذا على ما قال، وذلك أن الطبيب والحجام والخاتن

(١) منح الجليل ٤/ ٣٦٤- ٣٦٥.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٢٦ والمغني ٧/ ٧١٠ والدر المختار هامش حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٧٣.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٣٥٠- ٣٥١.
(٤) الموطأ ٢/ ٨٥٣.

والبيطار إن مات من فعلهم أحد، فلا يخلو أن يفعلوا الفعل المعهود في ذلك أو يتجاوزوه، فإن فعلوا المعهود فقد قال ابن القاسم في المجموعة. لا ضمان على أحد منهم إن لم يخالف، وكذلك معلم الكتاب والصنعة إن ضرب الصبي للتأديب الضربَ المعتاد فلا ضمان عليه، ووجه ذلك أنه مأمور بمثل هذا ومأذون له فيه فلم يكن عليه ضمان.

مسألة: وإن جاوز المعتاد مثل أن يقطع الخاتن الحشفة، أو يضرب المعلم لغير أدب تعدياً، أو يتجاوز في الأدب قال مالك في المجموعة: والحجام يقطع حشفة صغير أو كبير أو يؤمر بقطع يد في قصاص فيقطع غيرها، أو زاد في القصاص على الواجب فإنه من الخطإ؛ ما كان دون الثلث ففي ماله، وما بلغ الثلث فعلى عاقلته»[1] اهـ.

* * *

كعينِ أَعْمَى وَلِسانِ أَبْكَمَ، وَمَا بَعْدَ الْمُوضِحةِ مِنْ مُنَقِّلَةٍ وآمَةٍ، وَلاَ مِنْ لَطْمَةٍ، وَلاَ مِنْ ضَرْبَةٍ لَمْ تَجْرَحْ، وَعَمْدُهَا كَالْخَطإِ إلاَّ في الأَدَبِ.

* * *

لا قصاص في عين أعمى إذا جنى عليها ذو عين سالمة، ولا في لسان أبكم إذا قطعه ناطق، وإنما اللازم فيهما الحكومة[2]. أما العكس وهو فقء الأعمى عين البصير، وقطع الأبكم لسان الناطق فتلزم فيه الدية[3].

ولا قصاص فيما بعد الموضحة من منقلة، وهي ما ينقل بسببها فراش

(١) المنتقى ٧/ ٧٦- ٧٧.

(٢) الحكومة: هي ما يقدره الحاكم باجتهاده من أرش فيما لا قود ولا دية فيه من الجراح.

(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٦.

العظم للدواء ليلتئم الجرح، ولا تكون إلا في الرأس أو الوجه، وآمة (بفتح الهمزة ممدودة)، وهي ما وصلت لأم الدماغ، وأم الدماغ جلدة رقيقة مفروشة على الدماغ متى انكشفت عنه مات صاحبها. ومثل الآمة الدامغة، وهي ما خرقت خريطة الدماغ ولم تنكشف[1].

والعلة في عدم وجوب القصاص في هذه المسائل خطره على النفس، والأصل في ذلك ما أخرجه ابن ماجه والبيهقي عن العباس بن عبد المطلب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة». وتكلم البيهقي في إسناده، لأن فيه ابن لهيعة[2]. لكن العلامة المحدث الشيخ أحمد بن الصديق الغماري ـ أقره فقال: «وابن لهيعة عندي حديثه حسن إذا توبع». وقد توبع[3].

ونقل ابن المنذر الإجماع على أن المنقلة لا قود فيها، قال: «وانفرد ابن الزبير فروينا أنه أقاد مِنها، وأجمعوا أن لا قود في المأمومة»[4].

ولا قصاص من لطمة، أي ضربة على الخد بباطن الكف، إذا لم ينشأ عنها جرح أو ذهاب منفعة من سمع ونحوه، ولا من ضربة بيد أو رجل في غير وجه إذا لم ينشأ عنها جرح أو ذهاب منفعة، وإلا اقتص من متعمدها. ولا قصاص في إزالة شعر لحية، ولا من إزالة شعر العين أي هدبها، وعمد هذه المذكورات من اللطمة وما بعدها كالخطأ من حيث عدم لزوم القصاص والدية إلا في التأديب فيجب باجتهاد الحاكم في عمدها دون الخطإ[5].

وإذا أزيل شعر اللحية أو هدب العين ولم ينبت ففي كل منهما حكومة.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) سنن ابن ماجه ٢/ ٨٨١ والسنن الكبرى ٨/ ٦٥.
(٣) الهداية في تخريج أحاديث البداية ٨/ ٤٥٢.
(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١١٧.
(٥) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٥٢.

وبه قال الشافعي[1] وقال أبو حنيفة: في اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية، وفي شعر الرأس الدية، وفي الحاجبين الدية. قاله في الكتاب.

وقال أحمد: في قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر: الدية، وفي شعر اللحية الدية إذا لم ينبت، وفي الحاجبين الدية إذا لم ينبت، قاله الخرقي[2].

أما ضربة السوط ففي عمدها القصاص، لما في المدونة: «قال ابن القاسم في ضربة السوط القود، بخلاف اللطمة فلا قود فيها». نقله المواق[3].

ولا قصاص في شيء مما يعظم الخطر فيه كائناً ما كان ككسر عظم الصلب أو العنق ورض الأنثيين ففي ذلك الدية كاملة أما قطع الانثيين ففيه القصاص لعدم الخطر فيه[4].

وإن جُرح معصوم جُرحاً فيه القود كموضحة وذهب سمعه أو بصره بذلك اقتُص من الجاني بعد برء المجني عليه فإن حصل للجاني مثل ما وقع للمجني عليه أو زاد عليه كأن يذهب سمعه وبصره معاً فلا كلام للجاني ولا شيء له، لأنه ظالم، وإن حصل له أقل فعليه الدية في ماله أي دية ما ذهب للمجني عليه من سمع أو غيره.

إلا إذا أمكن إذهاب السمع أو البصر من الجاني بدون ضرب فيفعل ذلك به، ومثل ذلك ما إذا ضربه ضربة لا قصاص فيها كأن يضربه باليد أو العصا فيذهب سمعه ونحو ذلك ـ فإن أمكن إذهاب السمع دون ضرب الجاني فذاك، وإلا فالدية[5].

* * *

(١) حاشية الصاوي ٤/ ٣٥٣ والمهذب ٢/ ٢٠٨.
(٢) اللباب ٣/ ١٥٥ والمغني ٨/ ١٠ـ ١١.
(٣) التاج والإكليل ٦/ ٢٤٦.
(٤) منح الجليل ٤/ ٣٧٠.
(٥) المرجع السابق.

وَإن قُطِع عُضو قاطعٍ أو قُتِل قاتِلٌ فلا شيءَ للمجنِيِّ عليه. ويُؤخذُ العُضو القَويُّ بالضعيفِ.

وإن فَقأ سالمٌ عينَ أعورَ فالقَوَدُ أو ديةٌ كاملةٌ.

وإن فَقأَ أعورُ عينَ سالمٍ مُماثِلتَه فالقصاصُ وغيرَها فنصفُ ديةٍ.

* * *

إذا قطع ـ بعد الجناية ـ عضو قاطعٍ غيره عمداً أو قتل القاتل عمداً قبل أن يقتص منه فلا شيء للمجنى عليه، لا من القصاص لفوات محله، لأنه إنما تعلق حقه بالعضو المماثل وقد ذهب، وبالقاتل وقد مات، ولا من الدية، لأن الواجب في العمد إنما هو القصاص.

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «قال مالك في الرجل يقتل الرجل عمداً أو يفقأ عينه عمداً، فيقتل القاتل أو تفقأ عين الفاقيء قبل أن يقتص منه: أنه ليس عليه دية ولا قصاص، وإنما كان حق الذي قُتل أو فُقئت عينه في الشيء بالذي ذهب، وإنما ذلك بمنزلة الرجل يقتل الرجل عمداً، ثم يموت القاتل، فلا يكون لصاحب الدم إذا مات القاتل شيء؛ دية ولا غيرها، وذلك لقول الله تبارك وتعالى: ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد. . ﴾ ـ قال مالك: فإنما يكون له القصاص على صاحبه الذي قتله، وإذا هلك قاتله الذي قتله ـ فليس له قصاص ولا دية»(١).

هذا إذا كان قتل الجاني أو قطعه بسماوي أو بحق شرعي كحد أو قصاص أما إن كان قتله أو قطعه ظلماً ـ بأن جنى عليه أجنبي عمداً قبل أن

(١) الموطأ ٢/ ٨٧٣ـ ٨٧٤.

يقتص منه ـ فقد تقدم ـ صدر الباب ـ أن القصاص من الأجنبي يكون لولي الأول، ولا شيء لولي الثاني[١].

وقال أبو حنيفة: لا فرق بين أن يموت القاتل بسماوي أو بحق شرعي، وبين أن يقتله أجنبي ظلماً ففي كل لا قصاص مطلقاً ولا دية.

هذا في القصاص في النفس، وأما القصاص فيما دونها ففيه تفصيل عنده، فإن فات محله بسماوي أو بغير حق شرعي فلا قصاص ولا دية، وإن فات بحق شرعي، كأن يقطع يد غيره ظلماً أو يسرق فتقطع يده، فلا قصاص أيضاً، لفوات محلـه، لكن يجب له أرش يده[٢].

وقال الشافعي وأحمد: إن موت الجاني وفوات محل القصاص يُسقطان القصاص، لكن تجب الدية في مال الجاني ـ عند سقوط القصاص، ولا شيء غير ذلك إن كان القتل بسماوي أو بحق شرعي، أما إذا قتل الجاني أجنبي (غير ولي الدم) فعلى قاتله القصاص ولورثة الأول الدية في مال الجاني الأول[٣]. ولكل من الأئمة دليل.

وتقدم صدر الباب نقل أدلة الجميع[٤].

ويؤخذ عضو قوي بِعضو ضعيف مجني عليه، فإذا جنى عمداً ـ ذو عين سليمة الإبصار على عين ضعيفة الإبصار؛ خلقة أو من كبر صاحبها فإن العين السليمة تؤخذ بالضعيفة فتفقأ بها[٥].

وإن فقأ سالم العينين عين أعور ـ خُير المجني عليه بين فقء العين المماثلة من الجاني، وبين أخذ دية كاملة من مال الجاني، لأنه متعمد، ولأن عين الأعور بمنزلة عينين في الانتفاع.

---

(١) تبيين المسالك ٤/ ٣٩١.
(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٢٤٦.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٩ والمغني ٧/ ٦٦٣- ٦٦٤
(٤) تبيين المسالك ٤/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٣٥٦.

وإن فقأ أعور من سالم العينين مماثلته أي مماثلة عين الجاني السليمة فللمجني عليه القصاص من الأعور بفقء عينه السالمة حتى يصير أعمى، وله أخذ دية عين الأعور السالمة، وهي دية كاملة.

وإن فقأ الأعور من سالم العينين عيناً غير مماثلة لعينه السليمة بأن فقأ منه مماثلة عينه العوراء، فعليه نصف الدية فقط في ماله لأنه متعمد، وإن فقأ الأعور عيني السالم عمداً في مرة واحدة ـ فالقصاص ثابت للمجني عليه في المماثلة لعينه ونصف الدية في العين المغايرة لها[1].

وإن قلعت سن لكبير أي قد أثغر فثبتت مكانها ـ فللمجني عليه القصاص في العمد ولا يسقطه ثبوت السن مكانها، لأن المعتبر في القصاص هو يوم الجرح، ولأن المقصود تألم الجاني بمثل ما فعل.

ومثل سقوط السن اضطرابها ثم ثبوتها مكانها.

وإن كانت الجناية خطئاً فللمجني عليه دية السن، وهي خمس من الإبل[2]. كما سيأتي إن شاء الله.

* * *

وَالْإِسْتِيفَاءُ لِلْعَاصِبِ عَلَى تَرْتِيبِ النكَاحِ إلَّا الْجَدَّ وَالْأَخَ فَسِيانِ. وَانْتُظِرَ قَرِيبُ الْغَيْبَةِ، لا بَعِيدٌ وَمَجْنونٌ وَصَبِيٌّ لَمْ يَتَوَقَّفْ الثُّبُوتُ عَلَيْهِ. وَلِلنسَاءِ إِنْ وَرِثْنَ وَعَصَّبْنَ لَوْ كُنَّ ذُكُوراً وَلَمْ يُسَاوِهِنَّ عَاصِبٌ، وَلِوَلِيِّ الصَّبِيِّ النَّظَرُ فِي الْقَتْلِ وَغَيرِهِ.

* * *

(١) المرجع السابق ٤/ ٣٥٦ـ ٣٥٧.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٥٥ـ ٢٥٦.

استيفاء القصاص في النفس - يكون لولي القتيل العاصب الذكر، فلا مدخل فيه لغير العاصب من الورثة كالزوج والأم والأخ لأم، والجدُّ من قبلها - والعصبة على ترتيب النكاح فيقدم ابن فابنه.. إلخ[1]. إلا أن الجد الأدنى يستوي هنا مع الإخوة في القصاص والعفو. وعليه فإن الجد يحلف ثلث أيمان القسامة الآتي ذكرها إن كان معه أخوان، وإن كان معه أخ واحد حلف النصف. أما الاستيفاء في الجرح فللمجني عليه لا للعاصب[2].

وانتظر غائب من العصبة عن بلد المقتول إن قربت غيبته أو توسطت بحيث تصل إليه الأخبار إن كان مساوياً للحـاضر في الدرجة إلا إذا عفا الحاضر فإن الغائب لا ينتظر، وإنما يكون له نصيبه من دية عمد.

ويحبس القاتل مدة الانتظار ويقيد بحديد، لأن العادة الفرار في مثل هذا ولا يطلق بكفيل، إذ لا تصح الكفالة في القود[3].

وأما بَعيد الغيبـة جداً فلا ينتظر بالقصاص، وقيل ينتظر به وهو ظاهر المدونة، وأما إن غاب جميع الأولياء فإنهم يُنتظرون بالقصاص مطلقاً قولاً واحداً، ولا ينتظر مجنون مطبق بخلاف من يفيق أحياناً فتنتظر إفاقته.

ولا ينتظر صغير لم يتوقف ثبوت الدم عليه، كأن يحضر اثنان فأكثر من العصبة ولو أبعد منه[4]. لما روى البيهقي: «عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم بعلي رضي الله عنه»[5] وكان لعلي رضي الله عنه أولاد صغار.

وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأحمد: ينتظر بالقصاص بلوغ

---

(١) انظر تبيين المسالك ٣/٤٨- ٤٩.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٥٦- ٢٥٧.
(٣) المرجع السابق.
(٤) المرجع السابق.
(٥) السنن الكبرى ٨/ ٥٨.

الصغير[1]. لما روى عبد الرزاق: «عن خالد الحذاء قال: كتب عمر بن عبد العزيز في رجل قتل وله ولد صغير فكتب أن يستأنى بالصغير حتى يبلغ، قال سفيان: فإن شاء أخذ وإن شاء عفا»[2].

والأصل في أن استيفاء القصاص في القتل لولي القتيل قوله تعالى: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً ﴾[3] والولي هو العاصب الذكر. قال ابن خويز منداد: «الولي يجب أن يكون ذكراً، لأنه أفرده بالولاية بلفظ التذكير، وذكر إسماعيل بن إسحاق في قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ ﴾ ما يدل على خروج المرأة عن مطلق لفظ الولي، فلا جرم ليس للنساء حق في القصاص لذلك، ولا أثر لعفوها، وليس لها الاستيفاء». نقله القرطبي[4].

واستيفاء القصاص عندنا لا يكون للنساء إلا بثلاثة شروط:

- أحدها: أن يكُنَّ وارثات، احترازاً عن العمة والخالة ونحوهما.
- ثانيها: أن لا يساويهن عاصب في الدرجة، بأن لم يوجد عاصب أصلاً أو وجد ولكنه أنزل رتبة منهن، كعم مع بنت أو أخت، فخرجت البنت مع الابن أو الأخت مع الأخ، فلا كلام للبنت مع الابن ولا للأخت مع الأخ. في قصاص ولا عفو.
- ثالثها: أن يكنَّ عصبة لو كُنَّ ذكوراً، فلا كلام للجدة من الأم والأخت للأم والزوجة.

وإذا كن وارثات مع عاصب دونهن رتبة، فإن القود يكون مشتركاً بينه وبينهن، فمن طلبه من الفريقين أجيب له. ولا يعتبر العفو إلا من الفريقين

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ١١٩ والمغني ٧/ ٧٣٩.
(٢) المصنف ١٠/ ١١.
(٣) الإسراء ٣٣.
(٤) تفسير القرطبي ١٠/ ٢٥٤ـ ٢٥٥.

معاً، أو من واحد من كل منهما. فإذا كان الاستيفاء لبنات وإخوة فلا يعتبر العفو إلا من الجميع، أو من بنت واحدة، وأخ واحد يعفوان معاً(١).

وقال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة: كل من يرث المال يرث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجين(٢). وفسروا الولي الذي ورد ذكره في الآية بالوارث.

ولولي الصغير ـ أباً كان أو وصياً ـ إذا استحق الصغير قصاصاً ـ النظر فيما هو الأصلح للصبي من القصاص وأخذ الدية كاملة، فإن تمحضت المصلحة في أحدهما وجب عليه فعله وإلا خُيِّر، وليس له أن يصالح بأقل من الدية فإن صالح على أقل منها رجع الصغير بعد رشده على الجاني إن كان وقت الصلح ملياً، ولا يرجع القاتل على الولي بشيء. إلا لعسر من الجاني فيجوز للولي الصلح بأقل من الدية(٣).

وقال الشافعي وأحمد: ليس للولي أباً كان أو غيره ـ استيفاء القصاص، لأن القصد به التشفي ودرك الغيظ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي. قاله في المغني(٤). وقال أبو حنيفة: للأب والجد استيفاء قصاص وجب للصغير، سواء كان قتلاً أو دونه، أما الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس، وله استيفاؤه فيما دونها(٥).

وإن حصل عفو من كبير وسقط القتل عن الجاني فللصغير نصيبه من دية عمد، لأن عفو الكبير لا يسقط حق الصغير من الدية(٦).

* * *

(١) الشرح الكبير ٤/ ٢٥٨.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٣٩ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٤٣ والإنصاف ٩/ ٤٨٢.
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٥٨ـ ٢٥٩.
(٤) المغني ٧/ ٧٤٠.
(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٢٤٤.
(٦) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٥٨.

وأُخِّرَ لِبَرْدٍ أوْ حَرٍّ وَلِلْبُرْءِ كَعَقْلِ الْخَطإِ، وَأحَدُ حَدَّيْنِ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِمَا، وَقُدِّمَ الْأَشَدُّ مِنْهُمَا إنْ لَمْ يُخَفْ مِنْهُ، لَا بِدخُولِ حَرَمٍ.

* * *

يؤخر القصاص وجوباً من الجاني فيما دون النفس لعذر عارض كحر أو برد مفرطين حتى يزولا، خشية أن يموت فتؤخذ نفس بما دونها، كما يؤخر القصاص فيما دون النفس من الجاني حتى يبرأ المجني عليه، لئلا ينشأ عن الجرح هلاك فيكون الواجب القتل بقسامة. أما الجاني على النفس فلا يؤخر القصاص منه[1].

والأصل في ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهما: «أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته، فجاء إلى النبي ﷺ فقال: أقدني فقال: «حتى تبرأ» ثم جاء إليه فقال: أقدني، فأقاده، ثم جاء إليه فقال: يا رسول الله: عرجت، فقال: «قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله، وبطل عرجك». ثم نهى رسول الله ﷺ أن يقتص من جُرح حتى يبرأ صاحبه». رواه أحمد والدارقطني، وأُعِلّ بالإرسال. قاله الحافظ[2].

قال الصنعاني في تعليقه على قول الحافظ: «وأعل بالإرسال» ما نصه: «بناء على أن شعيباً لم يدرك جده، وقد دُفع بأنه ثبت لقاء شعيب لجده. وفي معناه أحاديث تزيده قوة. وهو دليل على أنه لا يقتص من الجراحات حتى يحصل البرء من ذلك وتؤمن السراية»[3] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وقال الشافعي: تأخير القصاص للبرء إنما

(١) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٢٣.
(٢) بلوغ المرام ص ٢٤٦.
(٣) سبل السلام ٣/ ١١٩٤.

هومستحب، فإن استوفى قبل البرء والاندمال جاز، واستدل بنفس الخبر الذي استدل به الجمهور، قائلاً إنه لو لم يجز الاستيفاء قبل البرء لما مُكِّن السائل منه(١).

كما تؤخر دية الجرح في الخطإ للبرء، لأنه قد يسري إلى النفس فتلزم دية كاملة على العاقلة؛ لحديث عمرو بن شعيب الآنف الذكر فإن برىء على غير شين فلا عقل ولا أدب لأنه لم يتعمد، وإن برىء على شين فتلزم فيه حكومة(٢).

وسيأتي المزيد من تفصيل هذا في مبحث دية الجروح.

ويؤخر أحد حدين وجبا لله كزنا بكر وشرب خمر، لا يقدر عليهما في آن واحد، فيقدم الأشد منهما وهو حد الزنا إلا إذا خيف الهلاك بتقديمه فيقدم الأخف وهو حد الشرب، فإن خيف من الأخف الهلاك قدم الأشد مفرقاً، فإن لم يُطق قدم الأخف مفرقاً(٣).

وتؤخر الحامل الجانية على نفس أو ما دونها حتى تضع وتجد مرضعاً لولدها، لئلا تؤخذ نفسان بنفس واحدة.

ومحل تأخير القصاص منها في جنايتها على ما دون النفس أن تكون الجناية مخيفة يخاف عليها أو على ولدها إن اقتص منها قبل الوضع واستغناء الولد عنها، وإلا لم يؤخر القصاص. ولا تصدق في دعوى الحمل، بل لا بد من ظهوره بقرينة للنساء وإن لم تظهر لهن حركة الحمل(٤). وإذا اعتمد على قرينة للنساء فمن باب أولى الاعتماد على الطبيب الماهر المتخصص في هذا المجال، والله أعلم.

---

(١) الهداية ٤/ ١٨٨ والمهذب ٢/ ١٨٥ والمغني ٧/ ٧٢٩.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٦٣.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢٤.
(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٦٠.

والأصل في ذلك ما أخرجه ابن ماجه عن معاذ بن جبل، وأبي عبيدة وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «المرأة إذا قتلت عمداً لا تقتل حتى تضع ما في بطنها، إن كانت حاملاً، وحتى تكفل ولدها، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها، وحتى تكفل ولدها»(١).

وفي إسناده ابن لهيعة وابن أنعُم وفيهما ضعف(٢).

لكن يؤيده ما في الموطإ وصحيح مسلم، فقد أخرج مالك: «عن عبد الله بن أبي مليكة أنه أخبره أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته أنها زنت وهي حامل فقال رسول الله ﷺ: «اذهبي حتى تضعي». فلما وضعت جاءته فقال لها رسول الله ﷺ: «اذهبي حتى ترضعيه». فلما أرضعته جاءته فقال: «اذهبي فاستودعيه» قال: فاستودعته، ثم جاءت فأمر بها فرجمت»(٣). وأخرجه مسلم موصولاً عن عمران بن حصين(٤).

ويؤخر القصاص من المرضع الجانية على النفس، وجوباً إذا لم يقبل الولد غيرها، وندباً إذا قبل غيرها(٥). للحديثين الآنفي الذكر.

ولا يؤخر القصاص ولا الحد في نفس أو ما دونها بدخول مَن لزمه القصاص أو الحد ـ الحرمَ فراراً منهما، وأولى إذا فعل موجبهما في الحرم نفسه، فإن كان الجاني في الحرم وخارج المسجد الحرام، أقيم عليه القصاص والحد، وإن كان في المسجد الحرام أُخرج منه بالقوة وأقيما عليه خارجه ولو في الحرم. ومثل الحرم المكي الحرم المدني(٦).

---

(١) سنن ابن ماجه ٢/ ٨٩٨ ـ ٨٩٩.
(٢) تقريب التهذيب ١/ ٤٨٠ و٤٤٤.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٢١ ـ ٨٢٢.
(٤) صحيح مسلم ٣/ ١٣٢٤.
(٥) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٦٠.
(٦) المرجع السابق ٤/ ٢٦١.

وبنحوه قال الشافعي. قال في المهذب: «ومن وجب عليه قتل بكفر أو ردة أو زنى أو قصاص فالتجأ إلى الحرم قُتل ولم يمنع الحرم من قتله»(١).

ودليل مالك والشافعي عموم قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ الآية.

وأخرج مالك والشيخان: «عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المِغفَر(٢) فلما نزعه جاءه رجل فقال له: يا رسول الله: ابن خطل متعلق بأستار الكعبة فقال رسول الله ﷺ: «اقتلوه»(٣).

قال النووي: «وفي هذا الحديث حجة لمالك والشافعي وموافقيهما في جواز إقامة الحدود والقصاص في حرم مكة»(٤) اهـ.

وقال أبو حنيفة وأحمد: من استوجب القتل قصاصاً أو حداً خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه، ولكن لا يبايع ولا يشاري حتى يخرج من الحرم - فيقام القصاص أو الحد عليه. أما من استوجب قصاصاً أو حداً فيما دون النفس. فعند أبي حنيفة يقام عليه في الحرم، وهي إحدى روايتي أحمد وروايته الأخرى - وبها صدر في المغني - أنه لا فرق بين النفس وما دونها. في عدم استيفاء القصاص والحد في الحرم على من استوجبهما خارج الحرم ولجأ إليه.

وأما من استوجب القصاص أو الحد في الحرم نفسه - فإنه يستوفى منه فيه عند الجميع(٥).

واستدل أبو حنيفة وأحمد بقوله تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً﴾(٦)

---

(١) المهذب ٢/ ١٨٨.
(٢) المِغفر: ما غطى الرأس من السلاح.
(٣) الموطأ ١/ ٤٢٣ وصحيح البخاري ٤/ ١٥٦١ وصحيح مسلم ٢/ ٩٨٩- ٩٩٠.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٣٢.
(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢٢ والمغني ٨/ ٢٣٦- ٢٣٧ والمبدع ٩/ ٥٧- ٥٨.
(٦) آل عمران ٩٧.

وبما أخرجه عبد الرزاق: «عن ابن عباس قال: من قتل أو سرق في الحل، ثم دخل الحرم فإنه لا يجالس ولا يكلم ولا يُؤوى، ويناشد حتى يخرج فيقام عليه. ومن قتل أو سرق فأخذ في الحل فأدخل الحرم فأرادوا أن يقيموا عليه ما أصاب أخرج من الحرم إلى الحل، وإن قتل في الحرم أو سرق أقيم عليه في الحرم»(١).

* * *

وَسَقَطَ إنْ عَفَا رَجُلٌ كَالْبَاقي، والْبِنْتُ أَوْلَى مِنَ الأُخْتِ، وَإِنْ عَفَتْ وَاحِدَةٌ مِنْ كَبَنَاتٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ. وَمَهْمَا عَفَا الْبَعْضُ فَلِمَنْ بَقِيَ نَصِيبُهُ مِنْ دِيَةِ الْعَمْدِ كَإِرْثِهِ وَلَوْ قِسْطاً، وَإِرْثُهُ كَالْمَالِ.

* * *

يسقط القصاص إن عفا عن القاتل - رجل ممن له استيفاء القود، إن كان في درجة الباقي في الاستحقاق أو أعلى منه درجة، كعفو أحد ابنين أو أحد أخوين شقيقين، أو عفو شقيق مع أخ لأب، لا إن كان الذي عفا أنزل درجة كعفو أخ مع ابن.

وإذا كان استيفاء القصاص لنساء كبنت وأخت فإن البنت - وإن سفلت - أولى بالعفو أو ضده من الأخت، وإن كانتا سواء في الإرث. فمتى طلبت البنت القصاص الثابت موجبه ببينة أو إقرار، أو العفو عن القتل فلها ذلك، ولا شيء للأخت من دية العمد لعدم مساواتها في التعصيب كتساوي العصبة من الرجال(٢).

(١) المصنف ٩/ ٣٠٤.
(٢) منح الجليل ٤/ ٣٨٦- ٣٨٧.

وإذا لم يكن للقتيل عاصب وله بنات أو أخوات وعفت إحداهن وطلب باقيهن القصاص نظر الحاكم العدل في الأصلح فأمضاه، فإذا أمضى بنظره عفو بعض البنات فلمن بقي منهن الدية، أما إن عفون كلهن أو طلبن القصاص كلهن، فليس للحاكم النظر في ذلك وإنما ينجز ما أردن(١).

وإذا ورث القاتل دم نفسه كله أو بعضه سقط عنه القصاص، كأن يقتل أحد ابنين أباهما ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله، ولو كان الأبناء ثلاثة وقتل أحدهم الأب، ومات أحدهم غير القاتل فإن القاتل ورث بعض دم نفسه ـ فيسقط القصاص ولمن بقي نصيبه من دية العمد(٢).

تنبيـــه: تقدم في باب الصلح ـ جوازُ الصلح عن جناية العمد بما قل أو كثر عن دية المجني عليه، سواء كان المصالح به حالاً أو مؤجلاً أو بعين أو عرض أو غيرهما، لأن العمد لا عقل فيه مسمى، أما جناية الخطإ فلا يجوز الصلح عنها إلا بما يحل به بيع الدين، لأن دية الخطإ مال مقرر في الـذمة، وما صولح به عنها مال مأخوذ عنها فيجب فيه مراعاة بيع الدين، فما جاز فيه جاز وما لا فلا.

فلا يجوز أخذ ذهب عن ورق ولا العكس لما فيه من الصرف المؤخر، ولا أخذ نقد عن إبل، ولا العكس لأنه فسخ دين في دين(٣).

وبه قال أحمد والشافعي وأبو حنيفة(٤).

والأصل في الصلح عن دم العمد قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٦٢.
(٣) المرجع السابق ٤/ ٢٦٣.
(٤) المغني ٤/ ٥٤٥ والهداية ٣/ ١٩٤.

شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾[1].

قال ابن عباس: نزلت في الصلح عن القصاص، تخفيفاً ورحمة بهذه الأمة، قال: «وكان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية». أخرجه البخاري[2].

* * *

وَقُتِلَ بِمَا قَتَلَ به وَلَوْ نَاراً إِلَّا بِخَمْرٍ أَوْ لِوَاطٍ أَوْ سِحْرٍ وَمَا يَطُولُ؛ فَيُحْرَقُ ويُخْنَقُ ويُضْرَبُ بِالعَصَا لِلموْتِ.

ومُكِّنَ مُسْتَحِقٌّ مِنَ السَّيْفِ مُطْلَقاً.

وانْدَرَجَ طَرفٌ إنْ تَعَمَّدَ وَإِنْ لِغَيْرِهِ إنْ لَمْ يَقْصِدْ مُثْلَةً.

* * *

يقتص من القاتل بما قتل به من سيف أو خنجر أو بندقية أو غيرها، حتى أنه لو قتَل بنار لقتل بها على المشهور[3].

لا يقتل بمحرم قتل به كخمر أُكرِهَ معصوماً على شربها حتى مات، أو لواط فعله به كرهاً فمات، فلا يقتل بالخمر، ولا يجعل نحو خشبة في دبره حتى يموت، كما أن القاتل لا يقتص منه بما يطول الموت به، كأن يمنع طعاماً أو ماء من معصوم حتى يموت بلا تأويل من القاتل كما أسلفنا، فلا يقتل بذلك، بل يقتل بالسيف في هذه المسائل التي لا يقتص بها.

---

(1) البقرة ١٧٨.

(2) صحيح البخاري ٤/ ١٦٣٦.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٦٥.

ومن أمثلة ما يقتل به القاتل أن يقتل معصوماً بالغرق أو بالخنق أو بالحجر، أو بالنار كما مر، أو يضربه بالعصا حتى يموت فيقتل بذلك[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[2] وقوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُم فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾[3] وفي الصحيحين ـ واللفظ لمسلم ـ: «عن أنس بن مالك أن جارية وُجد رأسها قد رُضَّ بين حجرين، فسألوها من صنع بك هذا؟ فلان فلان؟ حتى ذكروا يهودياً، فأومأت برأسها، فأُخِذَ اليهودي فأقر، فأمر رسول الله ﷺ أن يُرضّ رأسه بين حجرين»[4]. وتقدم الاستدلال بهذا الحديث على قتل الرجل بالمرأة.

وأخرج البيهقي بسنده: «عن بشر بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء، عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من عرَّضَ عرّضْنا له، ومن حرَّق حرقناه، ومن غرَّق غرقناه». وأقره ابن التركمان بالسكوت عنه[5]. قال في النهاية: «من عرَّض بالقذف عرضنا له بتأديب لا يبلغ الحد، ومن صرح بالقذف حَدَدناه»[6] اهـ.

وبه قال الشافعي في القتل بالمحدد والحجر والخنق والتغريق والتحريق، وزاد بأنه يقتل بالتجويع إذا قتل بذلك، وقال أبو حنيفة وأحمد ـ في الأصح عنه: لا يقتص في النفس إلا بالسيف[7]. لحديث: «لا قود إلا

---

(١) المرجع السابق.
(٢) البقرة ١٩٤.
(٣) النحل ١٢٦.
(٤) بلوغ المرام ص ٢٤٦.
(٥) السنن الكبرى ٨/ ٤٣.
(٦) النهاية ٣/ ٢١٢.
(٧) مغني المحتاج ٤/ ٤٤ـ ٤٥ والروض المربع ٢/ ٣٣٤ وبدائع الصنائع ٧/ ٢٤٥.

بالسيف». أخرجه ابن ماجه والطحاوي عن النعمان بن بشير[1]. ورواه البزار، وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف قاله في مجمع الزوائد[2].

وإذا أحب من له القصاص أن يقتل بالسيف مُكن منه مطلقاً، سواء قتل الجاني به أو بغيره[3]. وبه قال الشافعي[4].

ومن جنى عمداً على معصوم بالقتل وجنى على طرف وإن لغير المقتول عمداً، كقطع يد شخص وفقء عين آخر، وقتل آخر عمداً ـ فإن الطرف يندرج تحت القتل! فلا تقطع يده ولا تفقأ عينه بل يكفي القتل وحده، إلا إذا قصد الجاني مُثلة بالمجني عليه المقتول فإنه يقتص منه للطرف ثم يقتل.

وأما طرف غير المقتول فيندرج ولو قصد مُثلة على الراجح[5].

* * *

وَدِيَةُ الحُرِّ المُسْلِمِ فِي الْخَطَإِ عَلَى الْبَادِي ـ مِائَةٌ مِنَ الإِبْلِ مُخَمَّسَةٌ ـ بِنْتُ مَخَاضٍ وَوَلَدَا لبونٍ وحِقةٌ وجَذَعَةٌ، ورُبِّعَتْ في عَمْدٍ بِحَذْفِ ابنِ اللَّبُونِ.

* * *

بعد إنهاء الكلام على القصاص المقرر في جناية العمد ـ نتكلم على الدية المقررة في جناية الخطإ، وهي بتخفيف الياء المثناة التحتية.

(١) سنن ابن ماجه ٢/ ٨٨٩ وشرح معاني الآثار ٣/ ١٨٤.
(٢) مجمع الزوائد ٦/ ٢٩١.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٣٧١.
(٤) المهذب ٢/ ١٨٦.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٣٧١ـ ٣٧٢.

دية المسلم الحر الذكر في قتل الخطإ مقررة على الناس بحسب أموالهم من إبل وما يتعاملون به من ذهب وورق.

فإذا كان الجاني من ساكني البادية فقدرها مائة من الإبل مخمسة: عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة(١). وتقدم بيان سنوات هذه الأسنان كلها في كتاب الزكاة(٢).

والأصل في وجوب الدية في قتل الخطإ قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلَّا خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُواْ ﴾(٣).

ولا خلاف بين جميع الأئمة أن الإبل أصل في الدية ونقل ابن قدامة الإجماع على ذلك، ونقل ابن المنذر الإجماع على أن دية الرجل مائة من الإبل(٤). والأصل في ذلك أيضاً ما في الموطإ وغيره أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم: «أن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف إذا أوعيَ جدعاً ـ مائة من الإبل، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها..»(٥) إلخ أخرجه مالك مرسلاً.

وأخرجه النسائي وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولاً، وصححه أحمد والحاكم وابن حبان(٦).

أما أسنان المائة وأنواعها فتقدم قول مالك فيها. وبه قال الشافعي(٧).

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٢٥٦ والشرح الصغير ٤/ ٣٧٢.
(٢) تبيين المسالك ٢/ ٨٧ ـ ٨٩.
(٣) النساء ٩٢.
(٤) المغني ٧/ ٧٥٩ والإجماع لابن المنذر ص ١١٦.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٤٩.
(٦) نيل الأوطار ٧/ ٢١٢ـ ٢١٣.
(٧) المهذب ٢/ ١٩٥.

لحديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قضى في دية الخطإ أخماساً: عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون». أخرجه الدارقطني، وقال البيهقي: وَهِمَ فيه لكنه أثبته من وجه آخر. قال الحافظ: «وقد رد - يعني البيهقي - على نفسه بنفسه». قال: «وقد رأيته في كتاب ابن خزيمة، وهو إمام، من رواية وكيع عن سفيان، فقال: بني لبون، كما قال الدارقطني»[1].

واتفق أبو حنيفة وأحمد مع مالك فيما تقدم عنهما إلا أنهما جعلا عشرين ابن مخاض بدلاً من عشرين ابن لبون[2].

واحتج أبو حنيفة وأحمد بحديث خشف بن مالك الطائي عن ابن مسعود مرفوعاً: «في دية الخطإ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون ابنةَ لبون وعشرون بني مخاض ذكر». أخرجه أصحاب السنن وقال الترمذي: «لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه». قال المنذري: «وذكر الخطابي أن خِشف بن مالك مجهول، لا يُعرف إلا بهذا الحديث»[3].

ورُبعت الدية في قتل عمد لا قصاص فيه كعفو على الدية أو عفو بعض الأولياء مجاناً فللآخر نصيبه من دية عمد؛ ربعت بحذف ابن اللبون فتكون خمساً وعشرين حِقة وخمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين بنت مخاض وخمساً وعشرين ابنةَ لبون[4].

وبه قال أحمد في دية العمد وشبهه، كما قال به أبو حنيفة في شبه العمد خاصة[5].

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٤٩ وتلخيص الحبير ٤/ ٢١- ٢٢.
(٢) اللباب ٣/ ١٥٣ والروض المربع ٢/ ٣٣٩.
(٣) مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣٤٨- ٣٤٩.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٣٧٣.
(٥) الروض المربع ٢/ ٣٣٨- ٣٣٩ واللباب ٣/ ١٥٢.

وغلظت الدية عندنا بالتثليث في عمد لم يقتل به صاحبه، وذلك خاص بقتل أحد الأبوين - وإن علا - ولدَه بعمل عمد لم يقصد به إزهاق روحه فتغلظ عليه في ماله مُثلثة.

فتكون ثلاثين حِقة وثلاثين جذعة، وأربعين خلفة: (في بطونها أولادها). بغض النظر عن سنها[1].

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن عمرو بن شعيب، أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه، فنُزِيَ في جرحه فمات، فقدم سراقة بن جُعْشُم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر: اعدد على ماء قُدَيد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب أخذ من تلك الإبل ثلاثين حِقة وثلاثين جذعة وأربعين خَلِفة، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: ها أنا ذا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء»[2]. ومعنى: «حذف ابنه» أي رماه. والحديث رواه أيضاً ابن ماجه والشافعي وعبد الرزاق والبيهقي، قال البيهقي: ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده مرفوعاً. قاله الحافظ[3].

وبه قال الشافعي في ديتي العمد وشبه العمد، وهي رواية عن أحمد[4].

وتغلظ الدية في جرح العمد بالتربيع، كما تثلث في جرح عمد لم يقتل الأب به كما مر[5]. وستأتي دية الجراح إن شاء الله.

* * *

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٦٦- ٢٦٧.
(٢) الموطأ ٢/ ٨٦٧.
(٣) تلخيص الحبير ٣/ ٨٤.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ٥٣- ٥٥ والمغني ٧/ ٧٦٥- ٧٦٦.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٣٧٤.

وَعَلَى الشَّامِيِّ والمِصْرِيِّ وَالْمَغْرِبِيِّ أَلْفُ دِينَارٍ، وَعَلى الْعِرَاقِيِّ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

* * *

الدية على أهل الشام ومصر والمغرب ـ ألف دينار من الذهب إن كانوا يتعاملون بالذهب، وعلى أهل العراق اثنا عشر ألف درهم، فضة إن كانوا يتعاملون بالفضة.

وبعبارة أخرى: الدية على أهل القرى ألف دينار إن كانوا يتعاملون بالذهب، وَاثْنا عشر ألف درهم إن كانوا يتعاملون بالفضة.

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قوم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم»[1].

وأخرج البيهقي نحوه عن طريق ابن شهاب وعن مكحول وعطاء[2]. قال مالك: «فأهل الذهب أهل الشام وأهل مصر، وأهل الورق: أهل العراق»[3].

ولا يؤخذ من أهل بلد إلا ما ثبت في حقهم وما يكون به تعاملهم، وعلى ذلك إجماع أهل المدينة قال مالك في الموطإ: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا يقبل من أهل القرى في الدية الإبل، ولا من أهل العمود الذهب ولا الورق، ولا من أهل الذهب الورِق، ولا من أهل الورِق الذهب»[4].

وعلى هذا فإن تقويم عمر للإبل بالذهب والورق على أهل القرى

(١) الموطأ ٢/ ٨٥٠.
(٢) السنن الكبرى ٨/ ٧٦.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٥٠.
(٤) المرجع السابق.

تقويم نهائي لا يتغير، قال الباجي: «فثبت أنه إنما أراد الحكم بذلك على القرى في الجملة لما يقع في جميعها في المستقبل»[1] اهـ.

وقال أبو حنيفة: الدية من الإبل مائة، ومن الذهب: ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم.

وظاهر كلامه تخيير الغارم بين الثلاثة بغض النظر عما يتعامل به أهل البلد[2].

وقال أحمد: الدية مائة بعير أو ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم فضة أو مائتا بقرة أو ألفا شاة، هذه أصول الدية فأيها أحضر من تلزمه لزم الولي قبوله[3]. واستدل بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ: النصف من دية المسلمين، قال: فكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال: ألا إن الإبل قد غلت، قال: ففرضها عمر على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاء ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة قال: وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية». أخرجه أبو داود وسكت عنه، كما سكت عنه المنذري[4].

وقال الشافعي: الدية: مائة من الإبل، فإن أعوزت أو زادت بأكثر من ثمن المثل فقال في القديم: يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم، وقال في الجديد: تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت[5]. وهو مشهور مذهبه، واستدل بحديث عمرو بن شعيب الآنف الذكر.

---

(١) المنتقى ٧/ ٦٨.

(٢) اللباب ٣/ ١٥٣ وأوجز المسالك ١٣/ ١٢.

(٣) الروض المربع ٢/ ٣٣٨.

(٤) مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣٤٧- ٣٤٨.

(٥) المهذب ٢/ ١٩٦.

قال الخطابي: «قوله: «كانت قيمة الدية» يريد قيمة الإبل التي هي الأصل في الدية، وإنما قومها رسول الله ﷺ على أهل القرى لعزة الإبل عندهم، فبلغت القيمة في زمانه من الذهب ثمانمائة دينار، ومن الورق ثمانية آلاف درهم، فجرى الأمر بذلك إلى أن كان عمر رضي الله عنه وعزت الإبل في زمانه فبلغ بقيمتها من الذهب ألف دينار، ومن الورق اثني عشر ألفاً». قال: «ولم يعتبر - الشافعي - قيمة عمر رضي الله عنه التي قومها في زمانه، لأنها كانت قيمة تعديل في ذلك الوقت. والقيم تختلف، فتزيد وتنقص باختلاف الأزمنة، وهذا على قوله في الجديد، وقال في قوله القديم بقيمة عمر»[1] اهـ.

قلت: ماذا يعمل أهل القرى والمدن في زماننا؟ فإمامنا مالك قال: لايقبل من أهل القرى في الدية الإبل، وإنما يقبل منهم الذهب إن كانوا من أهله، أو الورِق إن كانوا من أهله، ومعلوم أن الذهب والورق لا يُتعامل بهما اليوم (كسكة) في جميع بلاد المسلمين وغيرهم، وإنما يتعامل بسِكك: «عملات» كاغدية ومعدنية عوضاً عنهما فتنزلت منزلتهما في التعامل. وتجدر الإشارة إلى أن مبلغ الذهب والورِق الذي قوم به عمر مائة الإبل يختلف اختلافاً كبيراً - إذا نظرنا لقيمته من العملات المتداولة اليوم، فاثنا عشر ألف درهم فضة لا تبلغ قيمتها سُبُع قيمة ألف دينار ذهباً، فالمثقال، وهو الدينار - كما هو معلوم - وزنه: أربعة غرامات وربع، فعلى هذا يكون وزن ألف دينار: أربعة آلاف ومائتين وخمسين (٤٢٥٠) غراماً. والغرام الواحد قيمته اليوم وبالتحديد في يوم ١٩ شعبان ١٤٠٩ الموافق ٢٦ مارس ١٩٨٩ سبعة وأربعون درهماً وتسعة عشر فلساً إماراتياً فإذا ضربناها في ٤٢٥٠ يكون جميع قيمة ألف دينار - مائتي ألف وخمسمائة وسبعة وخمسين درهماً وخمسين فلساً (٢٠٠٥٥٧,٥).

أما الدرهم الشرعي من الفضة - حسبما قرره الفقهاء من أن كل عشرة

(١) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣٤٧- ٣٤٨.

دراهم يساوي وزنها وزن سبعة مثاقيل ـ فإن وزنه حوالي ثلاثة غرامات، وإذا ضربناها في اثني عشر ألفاً تكون النتيجة: (٣٦٠٠٠) ستة وثلاثين ألف غرام. وقيمة غرام الفضة اليوم خمسة وسبعون (٧٥) فلساً إماراتياً، فإذا ضربنا خمسة وسبعين فلساً في ستة وثلاثين ألف غرام كان جميع قيمة اثني عشر ألف درهم من الفضة: سبعة وعشرين ألف درهم إماراتي (أي للإمارات العربية المتحدة).

والجدير بالذكر أن الدرهم الإماراتي والريال السعودي متقاربان جداً. والدرهم الإماراتي يساوي حوالي عشرين أوقية (موريتانية) فكل بلد يدفع الدية إن كانت غير إبل من عملته الخاصة به.

والظاهر لي أن الأخذ بمذهب الإمام الشافعي في الدية له ما يؤيده حسبما أسلفنا، فيكون اللازم في الدية إنما هو الإبل أو قيمتها بالغة ما بلغت، لإجماع المسلمين على أن الإبل هي الأصل[١].

وإذا أخذنا بمذهب إمامنا: مالك فيما يجب على أهل القرى والمدن من الدية فإن الأولى عندي أن نعتمد على مبلغها من الذهب. وذلك لأمرين: أحدهما أن مبلغ الدية من الذهب قيمته بالعملات اليوم تقترب من قيمة الإبل التي هي أصل الدية. بينما تبتعد قيمة مبلغها من الفضة عن قيمة كل منهما ابتعاداً كبيراً، كما أوضحنا آنفاً.

والأمر الثاني أن للذهب ارتباطاً كبيراً بالعملات الرئيسية المتداولة اليوم، فكلما ارتفع سعر الذهب هبطت قيمتها منه وكلما انخفض سعره ارتفعت قيمتها منه.

هذا ما ظهر لي والله أعلم.

* * *

(١) المغني ٧/٧٥٩ والإجماع لابن المنذر ص ١١٦.

وَالكِتَابيُّ وَلَوْ مُؤْمِّناً نِصْفُهُ، وَالْمَجُوسِيُّ ثُلُثُ خُمسٍ وَأُنْثَى كُلٍّ نِصْفُهُ.

* * *

دية الكتابي - ذمياً كان أو مؤمناً - نصف دية المسلم الحر الذكر. لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «عقل الكافر: نصف دية المسلم». رواه أحمد والنسائي والترمذي وحسنه، وصححه ابن الجارود[١].

وفي رواية عنه أن رسول الله ﷺ قال: «عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين». رواه أحمد والأربعة، ولفظ أبي داود: «دية المعاهد: نصف دية الحر». قاله الحافظ[٢]. ودية المجوسي الذمي أو المعاهد: ثلث خمس الدية المقررة للحر المسلم الذكر، فتكون من الإبل ستة أبعرة وثلثي بعير، ومن الذهب ستة وستين ديناراً وثلثي دينار، ومن الورق ثمانمائة درهم[٣]. وحكم المُؤَمَّنِ الذي لا كتاب له كحكم المجوسي، والله أعلم.

والأصل في ذلك حديث عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «دية المجوسي: ثمانمائة درهم». أخرجه الطحاوي والبيهقي وابن عدي: وفي إسناده ضعيف، وهو ابن لهيعة. قاله الشوكاني[٤]. لكن يؤيده عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «أن سليمان بن يسار كان يقول: «دية المجوسي: ثمانمائة درهم، قال مالك: وهو الأمر عندنا»[٥].

وبه قال أحمد في الجميع. إلا أنه في دية المجوسي اقتصر على أنها

(١) نيل الأوطار ٧/ ٢٢١- ٢٢٢.
(٢) بلوغ المرام ص ٢٥١.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٦٨.
(٤) نيل الأوطار ٧/ ٢٢٢.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٦٤.

ثمانمائة درهم(١). وقال الشافعي: دية الكتابي الذمي أو المؤمن: ثلث دية المسلم الحر الذكر، ودية المجوسي المؤمن ثلثا عشر الدية المقررة للحر المسلم الذكر(٢). وقال أبو حنيفة: دية المسلم الحر الذكر والكافر المؤمن سواء؛ لا فرق في ذلك بين الكتابي والمجوسي وغيرهما من كل كافر محقون الدم(٣).

تنبيـه: اختلف في المرتد إذا قُتل فقال ابن القاسم: ديته كـدية المجوسي وعليه درج خليل، عند كلامه على الدية. وقال أشهب: ديته كدية أهل الدين الذي ارتد إليه، وقال سحنون: لا دية له، وإنما فيه الأدب(٤). وهو مفاد كلام خليل أول الباب.

ودية أنثى كل ممن تقدم نصف دية ذكره؛ فدية المسلمة الحرة نصف دية الحر الذكر المسلم، ودية الكتابيات والمجوسيات الذميات أو المؤمّنات: نصف دية ذكورهن (٥). وعلى ذلك الإجماع قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل»(٦).

وهذا في النفس أما ما دون النفس ففيه تفصيل، فإن كانت الجناية عليها أقل من ثلث دية الرجل فديتها مثل دية الرجـل وإن كان الثلث فأعلى فديتها على النصف من دية الرجل. فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديته». رواه النسائي والدارقطني، وصححه ابن خزيمة(٧).

---

(١) الروض المربع ٢/ ٣٣٩.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٥٧.
(٣) حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٦٩.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٣١.
(٥) المرجع السابق.
(٦) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ١٣٩.
(٧) نيل الأوطار ٧/ ٢٢٤- ٢٢٥.

وفي الموطإ: «عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: «تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية: إصبعها كإصبعه، وسنها كسنه، وموضحتها كموضحته، ومنقّلتها كمنقّلته». وفيه عن عروة بن الزبير مثله: أن المرأة: تعاقل الرجل إلى ثلث دية الرجل، فإذا بلغت ثلث دية الرجل كانت إلى النصف من دية الرجل[(١)].

وبنحوه قال أحمد قال الخرقي: «وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية، فإن جاوز الثلث فعلى النصف»[(٢)].

وقال الشافعي وأبو حنيفة: دية المرأة نصف دية الرجل في النفس والجراح، لا فرق في ذلك بين ما دون الثلث وما فوقه[(٣)].

والواجب في قتل الحر المسلم للرقيق، إنما هو قيمته، وإن زادت على دية الحر[(٤)]. وبه قال الشافعي وأحمد في الأصح عنه[(٥)]. وقال أبو حنيفة: ديته قيمته ما لم تزد على دية الحر. وهي الرواية الأخرى عن أحمد[(٦)].

* * *

وَفِي الْجَنِينِ وَلَوْ عَلَقَةً عُشْرُ أُمِّهِ وَلَوْ أَمَةً، أَوْ غُرَّةٌ: عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ تَسَاوِيهِ إِنْ انْفَصَلَ عَنْهَا مَيْتاً وَهِيَ حَيَّةٌ، وَإِنْ اسْتَهَلَّ فَالدِّيَةُ. وَتَعَدَّدَ، بِتَعَدُّدِهِ وَوُرِثَ عَلَى الْفَرَائِضِ.

* * *

---

(١) الموطأ ٢/ ٨٥٣ - ٨٥٤.

(٢) المغني ٧/ ٧٩٧.

(٣) المرجع السابق ومغني المحتاج ٤/ ٥٧.

(٤) الشرح الصغير ٤/ ٣٧٧.

(٥) المهذب ٢/ ٢١٠ والمغني ٧/ ٧٩٩.

(٦) اللباب ٣/ ١٦٨ والمغني ٧/ ٧٩٩.

الجنين: اسم للولد في البطن، مأخوذ من الإجنان وهو الستر لأن الله أجنه في بطن أمه، قال تعالى: ﴿ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾[1]. ومن هذا القبيل سميتَ الجن لاستتارِهم واختفائهم عن الأبصار.

دية جنين الحرة المسلمة ـ ذكراً كان أو أنثى ـ عشر دية أمه الحرة المسلمة، أو غرة، وهي عبد أو ليدة: (أمة) تساوي قيمة كل منهما عشر دية الأم المذكورة. وفي جنين الأمة من غير سيدها الحر المسلم عشر قيمة أمه. أما جنينها من سيدها الحر المسلم وجنين الكتابية الحرة من الحر المسلم ـ فكدية جنين الحرة المسلمة الآنفة الذكر.

ودية الجنين أو قيمته على الجاني نفسه سواء كانت الجناية عمداً أو خطئاً ومن أمثلة الجناية على أم الجنين ضربها أو تخويفها في غير حق شرعي أما إن كان لحق شرعي كالضرب للتأديب مثلاً فلا شيء فيه.

ومثل الضرب والتخويف غيرهما مما يعلم أنه يسقط الجنين، ولا شك أن ما يفعله الأطباء المتخصصون في هذا المجال ـ من التسبب في إجهاض الحوامل يجري مجرى ما تقدم، وكذلك إذا تسببت المرأة نفسها في الإجهاض بتناول حبوب أو شراب، فإن عليها دية الجنين، ولا شيء لها من ديته. وإذا شاركها الطبيب في العمل يكون مثلها في الغرم والإثم. وتلزم دية الجنين ولو خرج علقة أي دماً جامداً إذا صب عليه الماء الحار لم يذب وأحرى إذا خرج مضغة فأعلى[2].

والأصل في دية الجنين ما أخرجه مالك والشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها، فقضى فِيه رسول الله ﷺ بغرة: عبد أو وليدة». وفي رواية الشيخين: «فقتلتها فأسقطت جنيناً، فقضى رسول الله ﷺ بالدية على عاقلة القاتلة»[3].

ومحل وجوب عشر دية الأم عند سقوط الجنين أو لزوم الغرة فيه ـ أن

---

(١) النجم ٣٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٧٧ـ ٣٧٨.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٥٥ وتلخيص الحبير ٤/ ٣٠.

ينفصل عن أمه ميتاً وهي حية. قال الباجي نقلاً عن المجموعة: «ووجه ذلك أنه ما لم يستهل صارخاً فإنه كأنه عضو من أمه فإنما فيه عشر ديتها» فإن كانا توأمين فأكثر ففي كل واحد غرة[1]. وأما إن خرج الجنين ميتاً بعد موت أمه فلا شيء فيه على المشهور، لاندراجه في الأم[2].

والخيار بين الغرة وعشر دية الأم ـ للجاني لا للمستحق. وعند ابن القاسم: لا يؤخذ في دية الجنين إلا النقد، فلا تؤخذ فيه الإبل، خلافاً لأشهب القائل: يؤخذ النقد من أهل القرى، وتؤخذ الإبل من أهل البوادي[3].

وإن خرج جنين الحرة حياً حياة محققة بصراخ أو رضاع أو غيرهما مما يدل على أنها حياة مستقرة ـ ثم مات ففيه دية كاملة؛ دية ذكر إن كان ذكراً ودية أنثى إن كان أنثى ـ إن أقسم أولياؤه أنه مات من فعل الجاني، سواء مات على الفور أو على التراخي عند ابن القاسم، وقال أشهب: إن مات عاجلاً تلزم الدية بدون قسامة.

وإذا كان الجاني قد تعمد ضرب بطن أم الجنين أو ظهرها أو رأسها فنزل الجنين حياً ثم مات، فالراجح لزوم القصاص بقسامة في ضرب البطن والظهر، ولزوم الدية بقسامة في ضرب الرأس[4].

والواجب في الجنين غرة كان أو غيرها ـ موروث على تقدير أنه خرج حياً ثم مات فللأب الثلثان وللأم الثلث إن لم يكن له إخوة وإلا فلها السدس. خلافاً لمن قال: لها الثلث مطلقاً وخلافاً لربيعة القائل تختص به الأم وحدها، لأنه بمنزلة جزء منها[5].

أما مذاهب الثلاثة في دية الجنين فإنهم اتفقوا مع مالك في أن في

---

(١) المنتقى ٧/ ٨٠.

(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٧٨ـ ٣٧٩.

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٣٧٨.

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٦٩ـ ٢٧٠.

(٥) المرجع السابق.

جنين الحرة غرة إن خرج ميتاً وأمه حية، وإن خرج ميتاً وأمه ميتة فقال أبو حنيفة بما قال مالك: ليس فيه شيء وإنما اللازم دية أمه. وقال الشافعي وأحمد: تلزم دية للأم وغرة للجنين.

واللازم الشرعي في دية الجنين - عند الشافعي وأحمد إنما هو الغرة، وسنها يجب أن لا تقل عن سبع سنين، لأن معنى الغرة الخيار، ولا خيار لمن عمره أقل من سبع سنين، ولا يجبر أهل الدية على غير الغرة مع وجودها، فإن أعوزت الغرة وجب خمس من الإبل وإن أعوزت الإبل وجبت قيمتها في القول الجديد بالغة ما بلغت، أو خمسون ديناراً أو ستمائة درهم في القول القديم هذا عند الشافعي. أما أحمد فقال: إن أعوزت الغرة أجزأ عشر دية أم الجنين من أحد الأصول المتقدمة للدية في مذهبه(١).

ولا تجب الغرة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد في العلقة، وإنما تجب عندهم فيما تبين فيه خلق إنسان ولو خفياً.

واتفق الشافعي وأحمد مع مالك في أن دية الجنين على الجاني، لأنها أقل من ثلث الدية. وقال أبو حنيفة: إنها على العاقلة. واتفق الثلاثة مع مالك على أن دية الجنين موروثة، وعلى أن الجنين إن خرج حياً ثم مات أن فيه دية كاملة، بعد أيمان القسامة(٢).

* * *

وَفي الجَرْحِ حُكُومةٌ إذَا بَرِىءَ إلاَّ الْجَائِفَةَ والآمَّةَ فَثُلُثٌ وَالمُوضِحَةَ فَنِصْفُ عُشْرٍ، وَالمُنَقِّلَةَ فَعُشْرٌ ونِصْفُهُ وَإنْ بِشَيْنٍ فِيهِنَّ، وَالقِيمَةُ لِلْعَبْدِ كَالدِّيَةِ.

* * *

(١) اللباب ٣/ ١٧٠- ١٧٢ والمهذب ٢/ ١٩٦ - ١٩٨ وكشاف القناع ٦/ ٢٣- ٢٤.

(٢) المراجع السابقة وبدائع الصنائع ٧/ ٣٢٥.

في الجرح الذي لا قصاص فيه حكومة بنسبة نقصان الجناية، حيث كان خطئاً ولم يقرر الشرع فيه شيئاً، أو عمداً لا قصاص فيه، كعظم الصدر، وكسر الفخذ، والحكومة: شيء يحكم به الحاكم باجتهاده بعد أخذ رأي أهل المعرفة بذلك، وبعد برء الجرح؛ فلا حكومة ولا عقل إلا بعد برء الجرح لئلا يؤول الجرح إلى النفس، أو إلى ما تحمله العاقلة[1].

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «عن مالك أن الأمر المجتمع عليه عندهم في الخطإ، أنه لا يعقل حتى يبرأ المجروح ويصح، وأنه إن كسر عظم من الإنسان؛ يد أو رجل، أو غير ذلك من الجسد خطئاً فبرأ، وصح وعاد لهيئته، فليس فيه عقل، فإن نقص أو كان فيه عَثَل ففيه من عقله بحساب ما نقص منه.

قال مالك: فإن كان ذلك العظم مما جاء فيه عن النبي ﷺ عقل مسمى، فبحساب ما فرض فيه النبي ﷺ، وما كان مما لم يأت فيه عن النبي ﷺ عقل مسمّىً، ولم تمض فيه سنّة ولا عقل مسمى، فإنه يُجْتَهَدُ فيه»[2].

قال الباجي ـ نقلاً عن المزنية ـ: «العثَل أن تنقص اليد أو الرجل فلا تعود لحالتها الأولى فينظر إلى حالها اليوم كم نقص من حالها الأولى، فإن كان ثلثاً فله ثلث الدية، وإن كان أقل أو أكثر فبحساب ذلك»[3] اهـ.

وعليه فإن الحكومة لا تكون إلا فيما ليس فيه عقل مقرر شرعاً، أما ما قرر فيه الشرع عقلاً فلا يعدل عنه، كالجائفة ـ وهي مختصة بالبطن والظهر ـ والآمة التي تقدم أنها مختصة بالرأس ـ ففي كل منهما ـ عمداً كانتا أو خطئاً ـ ثلث الدية المخمسة، وفي الموضحة خطئاً نصف عشر الدية، وفي المنقلة عشرُ الدية، ونصف العشر، عمداً كانت أو خطئاً.

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٦٩ـ ٢٧٠.

(٢) الموطأ ٢/ ٨٥٢ـ ٨٥٣.

(٣) المنتقى ٧/ ٧٦.

والأصل في ذلك حديث عمرو بن حزم الذي تقدم عن أبي داود والنسائي وابن خزيمة، وتقدم بعضه عن مالك[١]. وفيه: «وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل. . . وفي الموضحة خمس»[٢].

ولا يزاد على ما ذكر في هذه الجراح شيء وإن برئت بشَين، أي على قبح فيهن، باستثناء الموضحة فإنها إذا برئت بشين، وكانت في الوجه أو الرأس، فإنه يدفع مع ديتها حكومة، لما حصل بالشين على المشهور[٣].

والقيمة للعبد كالدية للحر فيما فيه شيء مقرر، كالموضحة للحر فيؤخذ من قيمة العبد بقدر ما يؤخذ من دية الحر، وإن كان الجرح موضحة ففيها نصف عشر قيمته، وقس على ذلك ما تقدم. وإن لم يكن للجرح شيء مقرر في الشرع تكون فيه حكومة، فيقوم العبد سالماً ومعيباً ويؤخذ من ذلك النسبة[٤].

وتعدد الواجب في جائفة نفذت كأن يضربه في الظهر فتنفذ إلى البطن أو يضربه في جنب فتنفذ للجنب الآخر، وتقدم أن الواجب في الجائفة هو ثلث الدية، فإذا نفذت يكون فيها ثلثان.

كما يتعدد الواجب المتقدم ذكره ـ بتعدد موضحة أو منقلة أو آمة لم يتصل بعضها ببعض بأن كان بينهما فاصل، فإن اتصلت فلا يتعدد واجبها لأنها واحدة متسعة. هذا إن حصل بضربة واحدة، بل وإن بعدة ضربات في فور. ولو تعدد بضربات في زمن متراخ فلكل حكمه ولو اتصلت[٥].

* * *

---

(١) الموطأ ٢/ ٨٤٩ وبلوغ المرام ص ٢٤٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٧١.
(٤) المرجع السابق.
(٥) المرجع السابق.

وَالدِّيَةُ فِي إِذْهَابِ الْعَقْلِ وَفِي الْحَاسَّةِ أَوْ قُوة الجِماعِ والنَّسْلِ، وَفِي مَارِنِ الأَنفِ وَالْحَشَفَةِ وَالأُنْثَيَيْنِ، وَشَفْرَتَي المَرْأَةِ وَثَدْيَيْهَا، وَفِي المُزْدَوِجَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي أَحَدِهِمَا النِّصْفُ إِلَّا عَيْنَ الأَعْوَرِ فَالدِّيَةُ كَامِلَةٌ.

* * *

إذا جنى جان على معصوم بضرب أو غيره - فأذهب عقله لزمت له دية كاملة بإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا أن في العقل دية»[1]. كما تلزم دية كاملة في إذهاب أيِّ حاسة لمعصوم كإذهاب سمعه أو بصره، أو شمه، أو ذوقه، أو لمسه، بحيث أصبح لا يدرك الحرارة والنعومة وضدهما عند المماسة[2].

كما تلزم دية كاملة في إذهاب نُطق المعصوم أو صوته، وفي إذهاب قوة جماعه كأن يُضرب فيبطل إنعاظه، وإذهاب نسله؛ بأن فُعل له فعل أفسد منيهُ ففي كل واحد مما ذكر دية كاملة.

وفي مارن الأنف - وهو ما لان منه - دية كاملة، وفي قطع الحشفة دية كاملة، وفي قطع بعضهما أي المارن والحشفة - بحساب الدية منهما. وفي قطع الأنثيين أو رضهما دية، وفي قطعهما مع الذكر ديتان، وفي شفرتي المرأة، أي قطع لحم جانبي فرجها دية إن ظهر العظم، وفي قطع ثدييها دية[3].

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١١٧.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٣٨٤- ٣٨٨.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٣٨٦.

والأصل في ذلك حديث عمرو بن حزم المتقدم، ففيه: «وفي الأنف إذا أُوعِب جدعُه الدية، وفي العينين الدية، وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية، وفي الذكر الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الصلب الدية»(١). ونقل ابن المنذر الإجماع على بعض ذلك(٢).

وفي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن في كل زوج من الإنسان الدية كاملة، وأن في اللسان الدية كاملة، وأن في الأذنين إذا ذهب سمعهما الدية كاملة: اصطُلِمتا أو لم تُصطَلما، وفي ذكر الرجل الدية كاملة، وفي الأنثيين الدية كاملة، وحدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن في ثديي المرأة الدية كاملة. قال مالك: وأخف ذلك عندي الحاجبان وثديا الرجل»(٣) اهـ.

وفي قطع المزدوجين معاً دية كاملة، كقطع اليدين والرجلين والشفتين والأنثيين حسبما تقدم إلا الأذنين فليس في قطعهما عندنا دية وإنما الدية في إذهاب السمع فإذا لم يذهب السمع بقطعهما ففيهما حكومة على المشهور. وفي قطع أحد المزدوجين نصف الدية(٤). إلا عين الأعور ففيها دية كاملة. ففي المدونة: «ولا تكون الدية عند مالك في شيء واحد مما هو زوج في الإنسان إلا في عين الأعور وحدها فإن فيها الدية كاملة عند مالك»(٥) اهـ.

تنبيـه: تتعدد الدية بتعدد الجناية فإن فعل في المعصوم من الجناية ما يلزم فيه أكثر من دية ـ فله ذلك بالغاً ما بلغ ما دام حياً، أما جناية الموت فإن الجنايات التي دونها تندرج فيها.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك الأمر

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٤٩.
(٢) الإجماع لابن المنذر ص ١١٨.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٥٧.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٣٨٨- ٣٨٩.
(٥) المدونة ٤/ ٤٨٦- ٤٨٧.

عندنا أن الرجل إذا أصيب من أطرافه أكثر من ديته فذلك له؛ إذا أصيبت يداه ورجلاه وعيناه فله ثلاث ديات»[1].

قال الباجي: «وهذا على ما قال إن من أصيب من أطرافه ما فيه ديات كثيرة وبقيت نفسه، فإنه يأخذ دية كل شيء من ذلك وإن بلغت عدتها ديات نفوس كثيرة، فإنها لا تتداخل مع بقاء النفس، وإنما تدخل كلها في دية النفس إذا تلفت النفس، فيكون في ذلك كله دية واحدة، ومن ذلك أن في العينين دية وفي الشفتين دية وفي اللسان دية، وفي اليدين دية، وفي الصلب إذا كسر ـ دية وفي العقل دية وفي الذكر دية وفي الأنثيين دية، وفي الرجلين دية، ففي الرجل تسع ديات غير مختلف فيها»[2] اهـ.

* * *

وَفي كِلِّ إِصْبَعٍ عُشـرُهَا وَفي الأَنْمُلَةِ ثُلثُـهُ إلاَّ الإِبْهَامَ فَنِصْف، وَفي كُلِّ سِنٍّ نِصْفُ العُشْر، وَفِي المُضْطَرِبَةِ واليَدِ الشَّلاَّءِ وَالْحَاجِبِ وَالهُدْبِ وَالظُّفُرِ حُكُومَةٌ وَفِي عَمْدِهِ الْقِصَاصُ وَفِي الإِفْضَاءِ حُكُومَةٌ، وَلاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَ مَهْرٍ.

* * *

في قطع كل أصبع خطئاً من يد أو رجل من ذكر أو أنثى، مسلم أو كافر معصوم ـ عشر ديته أي عشر دية من قطعت أصبعه. وفي قطع أنملته ثلث العشر إلا الإبهام من يد أو رجل ففي أنملتها نصف عشر الدية، وفي قلع كل سن من أصلها أو كسرها كسراً لم يُبق منها إلا ما تغيب في اللحم ـ نصف العشر من دية صاحبها.

(١) الموطأ ٢/ ٨٥٧.

(٢) المنتقى ٧/ ٨٥.

ومثل قلعها تغيرها بسواد، أو بلون يذهب جمالها في عرف البلد[١].

والأصل في ذلك حديث عمرو بن حزم المتقدم عن مالك وغيره وفيه: «وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون، وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل، وفي السن خمس. . »[٢].

وفي الموطإ قال مالك: «الأمر عندنا في أصابع الكف إذا قطعت فقد تَم عقلها، وذلك أن خمس الأصابع إذا قطعت كان عقلها عقل الكف خمسين من الإبل، في كل إصبَع عشرة من الإبل»[٣].

وإذا قلعت سن بعد اسودادها فإن فيها دية سن أيضاً. لما أخرجه مالكٌ عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: إذا أصيبت السن فاسودت ففيها عقلها تاماً، فإن طرحت بعد أن تسوَدَّ ففيها عقلها أيضاً تاماً»[٤].

ولا فرق بين السن والناب والضرس، وعلى ذلك عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال مالك: والأمر عندنا أن مقدم الفم والأضراس والأنياب عقلها سواء، وذلك أن رسول الله ﷺ قال: «في السن خمس من الإبل». والضرْس سن من الأسنان، لا يفضل بعضها على بعض»[٥].

أما المقرر في دية الأنملة فالأصل فيه الإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الأنامل سواء، وأن في كل أنملة ثلث دية أصبع إلا الإبهام»[٦].

وفي السن المضطربة جداً، بحيث لا يرجى ثبوتها، واليد الشلاء ـ

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٤١ـ ٤٢ والشرح الصغير ٤/ ٣٩٢ـ ٣٩٣.
(٢) الموطأ ٢/٨٤٩ وبلوغ المرام ص ٢٤٩.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٦٠.
(٤) المرجع السابق ٢/ ٨٦١.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٦٢.
(٦) الإجماع لابن المنذر ص ١١٨.

حكومة[١]، لما رواه ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والحكم وحماد عن إبراهيم في اليد الشلاء؟ قالوا: فيها حكم ذوي عدل. وروى البيهقي نحوه[٢].

وفي إزالة شعر الحاجب أو هدب العين حكومة إن لم ينبت الشعر، وكذلك الشأن في إزالة شعر الرأس أو اللحية إذا لم ينبت ففي كل منهما حُكومة، ولا فرق بين الخطإ والعمد في هذا كله، فإن نبت الشعر بعد إزالته وعاد لهيئته فلا شيء فيه إلا الأدب في العمد[٣].

وبه قال الشافعي[٤].

وقال أحمد: في إزالة شعر الرأس دية كاملة وفي إزالة شعر اللحية دية، وفي إزالة شعر الحاجبين دية وفي أحدهما نصفها وفي إزالة هدبي العينين دية، وفي إزالة أحدهما نصف الدية. ومحل لزوم الدية في هذا كله إذا لم ينبت الشعر بعد إزالته[٥].

ونحوه لأبي حنيفة، قال في الهداية: «في اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية. وفي شعر الرأس الدية». قال: «وفي الحاجبين الدية، وفي أحدهما نصف الدية»[٦].

وفي قلع الظفر خطئاً حكومة، وفي عمده القصاص، بخلاف عمد غيره ففيه الأدب كما تقدم[٧].

وفي إفضاء المرأة ـ بجماعها ـ حكومة، والإفضاء هو إزالة الحاجز

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٧٧.
(٢) الكتاب المصنف ٩/ ٢١٧ والسنن الكبرى ٨/ ٩٨.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٤١ـ ٤٢.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ٧٩.
(٥) الهداية ٤/ ١٨٠.
(٦) المغني ٨/ ١٠.
(٧) الشرح الصغير ٤/ ٣٩١.

الذي بين مسلك البول والجماع، ومثله اختلاط محل البول والغائط فيغرم ما عاب المرأة عند الأزواج، فيقال: ما صداقها على أنها غير مفضاة، وما صداقها على أنها مفضاة. فيغرم النقص.

فإذا كان الفعل من الزوج فله حكم الخطإ لأن الفعل الذي وقع منه الإفضاء أمر الشارع به، فإن بلغت الحكومة الثلث فأكثر فعلى العاقلة وإلا فعلى الزوج. وإن كان الفعـل من أجنبي فعليه حكومة في ماله وإن جاوزت الثلث، مع صداق مثلها. قاله الباجي(١).

ولا يندرج الإفضاء تحت مهر بل لا بد فيه من المهر ومن الحكومة، سواء كان من زوج أو من أجنبي اغتصبها، بخلاف إزالة البكارة من الزوج أو الغاصب فإنه يندرج في الصداق فلا يزاد عليه. إذ لا يمكن الوطء إلا بإزالتها(٢).

* * *

وَنُجِّمتْ دِيَةُ الحُرِّ الخَطَأْ ـ بِلاَ اعْتِـرَافٍ ـ عَلَى الْجَانِي وَعَاقِلَتِهِ، إِنْ بَلَغَتْ ثُلُثَ دِيَةِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أو الْجَانِي، وَإِلاَّ فَعَلَيْهِ حَالَّةً كَعَمْدٍ، إِلاَّ مَا لاَ يُقْتَصُّ مِنْهُ لإِتْلاَفِهِ فَعَلَيْهَا.

* * *

تنجم دية الحر الذي قُتل خطئاً على عاقلة الجاني وعليه كفرد من أفرادها، أما العبد فلا دية له، وإنما على الجاني قيمته وسيأتي توضيح التنجيم في الدية الكاملة وغيرها إن شاء الله.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٤١.

ومحل تنجيم الدية أن تكون جناية الخطإ ثبتت ببينة أو قسامة، لا باعتراف أي إقرار من الجاني فلا تنجم ولا تحملها العاقلة.

كما أن التنجيم خاص بأن تبلغ الدية ثلث دية الجاني أو المجني عليه فقد تتحد ديتهما أو تختلف كأن يجني حر مسلم على معاهد أو العكس. فإن دية المعاهد أقل من دية المسلم، ولذلك تحمل عاقلة كل منهما ثلث دية الجاني أو المجني عليه منهما.

وإذا لم تبلغ الدية ثلث دية أحدهما فإنها تكون على الجاني فقط دون عاقلته، وتكون عليه حالة لا منجمة. ومثل ذلك دية العمد على النفس أو ما دونها فإنها تكون على الجاني غير منجمة[(١)].

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة وغيره. ففي الموطإ: «عن مالك عن ابن شهاب أنه قال: مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن يشاءوا ذلك» وفيه: «قال مالك: والأمر عندنا أن الدية لا تجب على العاقلة حتى تبلغ الثلث فصاعداً، فما بلغ الثلث فهو على العاقلة، وما كان دون الثلث فهو في مال الجارح خاصة»[(٢)]. وللبيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لا تحمل العاقلة عمداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما جنى المملوك»[(٣)].

ونقل ابن المنذر الإجماع على أن العاقلة لا تحمل دية العمد وأنها تحمل دية الخطإ[(٤)]. ونقل مالك عمل أهل المدينة على أن العاقلة لا تحمل من قيمة العبد المقتول شيئاً قل أو كثر[(٥)].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٣٩٥- ٣٩٦.

(٢) الموطأ ٢/ ٨٦٥.

(٣) تلخيص الحبير ٤/ ٣٢.

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٠.

(٥) الموطأ ٢/ ٨٦٦.

ويستثنى من جناية العمد التي لا تحملها العاقلة: جناية جراح لا يقتص من فاعلها خشية إتلاف الجريح كالآمة والجائفة الآنفتي الذكر، وكسر الفخذ ونحو ذلك ـ فإن الدية في ذلك كله على العاقلة ولو لم تبلغ الثلث[1]. لما في مصنف ابن أبي شيبة: «عن قتادة قال: كل شيء لا يقاد منه فهو على العاقلة»[2].

وقال أحمد: لا تحمل العاقلة ما دون الثلث.

وهو أحد قولي الشافعي، وقوله الآخر في الجديد وهو الأصح ـ وعليه اقتصر في المهذب ـ أنها تحمل ما قل وما كثر من الدية من غير تحديد.

وقال أبو حنيفة: تحمل العاقلة نصف عشر الدية فصاعداً، ولا تحمل أقل من ذلك[3].

ولم يفرق الثلاثة في دية العمد بين ما يجب فيه القصاص وما لا يجب فيه؛ فالدية في ذلك كله على الجاني. قاله في المغني[4].

واتفق أحمد مع مالك أن قتل الحر المسلم للعبد خطئاً لا تحمله العاقلة، أي لا تحمل قيمة العبد وهو أحد قولي الشافعي، وقوله الآخر أن العاقلة تحملها وهو المذهب عند أبي حنيفة[5].

* * *

وَهِيَ عَصَبَتُه فَمَوَالِيهِ فَبَيْتُ الْمَالِ، وَضُرِبَ عَلَى كُلٍّ مَا لاَ يَضُر بِه، ويُعْقَلُ عَنِ الْمَرْأةِ وَالفَقِيرِ وَغَيْرِ الْمُكَلَّفِ وَلاَ يعْقِلَونَ.

(١) الشرح الصغير ٤/ ٣٩٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٩/ ٢٧٩.

(٣) كشاف القناع ٦/ ٦٣ والمنتقى ٧/ ١٠٢ والمهذب ٢/٢١١ والهداية ٤/٢٢٩.

(٤) المغني ٧/ ٧٧٥.

(٥) كشاف القناع ٦/ ٦٢ والمهذب ٢/ ٢١١ والهداية ٤/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

وَاعتُبِرَ وَقْتُ الضَّرْبِ، لَا إِنْ قَدِم غَائِبٌ أو أُيْسر فقَيرٌ أو بَلَغَ صبيٌّ، ولا تَسْقُطُ بِعُسْرٍ أَوْ مَوْتٍ وَحَلَّت بِه.

* * *

العاقلة هي عصبة الجاني، ويبدأ بالفصيلة ثم الفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل. قاله ابن الحاجب وعليه فإن طبقات القبائل ستة حسب المصطلح العربي. أعلاها الشعب وأدناها الفصيلة، ثم زاد بعضهم العشيرة. فمثلاً: خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة. وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة. والعشيرة الإخوة.

وقد نظم بعضهم ذلك فقال:

«قبيلة قبلها شعبٌ وبَعدَهما ... عَمارةٌ ثم بطنٌ تِلوها فخذُ
وليس يؤوى الفتى إلا فَصِيلتهُ ... ولا سَداد لِسَهْمٍ مَا لهُ قذَذُ»[1]

وقد تطلق العشيرة على القبيلة، قال في القاموس: «وعشيرة الرجل: بنو أبيه الأدنون، أو قبيلته».

وعلى كل حال فإن الأقرب من العصبة يقدم على غيره، فهم مرتبون على ترتيب النكاح المتقدم: الابن فابنه فالأب.. إلخ[2].

فإن لم يكن للجاني عصبة فمواليه الأعلون، وهم المعتِقون (بكسر التاء) الأقرب فالأقرب، ثم مواليه الأسفلون وهم المعتَقون (بفتح التاء) ويقدم الأقرب فالأقرب[3].

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٨/ ٤٥-٤٦. قال: والقذذ: جمع قذة وهي ريش السهم.

(٢) تبيين المسالك ٣/ ٤٨-٤٩.

(٣) الشرح الصغير ٤/٣٩٩.

والأصل في أن العصبة عاقلة ما أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة المتقدم عند الشيخين، وفيه: «وقضى بدية المرأة على عاقلتها». وفي رواية للبخاري «وأن العقل على عصبتها». وأخرج مسلم عن جابر «كتب النبي ﷺ على كل بطن عقوله»(١). وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال: «كتب رسول الله ﷺ كتاباً بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا مَعاقلهم، ويَفدوا عانيهم بالمعروف، والإصلاح بين المسلمين». وأخرج أيضاً عن الشعبي قال: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار»(٢).

والأصل في أن الموالي من العاقلة، كالعصبة حديث: «الولاء لحمة كلحمة النسب، لا يباع ولا يوهب». أخرجه الشافعي وصححه ابن حبان والحاكم عن ابن عمر مرفوعاً، وأصله في الصحيحين بغير هذا اللفظ. قاله الحافظ(٣). وحديث: «مولى القوم من أنفسهم» أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه، كما صححه الحاكم. قاله في نصب الراية(٤).

فإن لم يكن للجاني عصبة ولا موالي ـ فإن الدية تدفع من بيت مال المسلمين إن كان الجاني مسلماً، وإن لم توجد عصبة ولا موالٍ ولا بيت مال للمسلمين، أو لهم وتعذّر الوصول إليه، تكون الدية على الجاني في ماله منجمة(٥).

وقال الشافعي: العاقلة: عصبة الجاني الذين يرثونه بالنسب أو الولاء إذا كانوا ذكوراً مكلفين، إلا أصله من أب وإن علا، وفرعه من ابن وإن سفل، والأظهر أن المولى الأسفل لا يعقل عن الأعلى، وقيل يعقل عنه

(١) بلوغ المرام ص ٢٤٧ وصحيح البخاري ٦/ ٢٥٣٢ وصحيح مسلم ٢/ ١١٤٦.
(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٩/ ٣١٨- ٣١٩.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٩٤.
(٤) نصب الراية ٢/ ٤٠٤.
(٥) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨٣.

ورجحه البلقيني. قاله في مغني المحتاج. قال: ثم بيت المال عن المسلم، فإن فقد أو تعذر فعلى الجاني الدية كلها على الأظهر(١).

ويوافقه أحمد في ذلك كله إلا في بيت المال فله فيه روايتان إحداهما وعليها اقتصر الخرقي أن من لم تكن له عاقلة أخذت ديته من بيت المال، فإن لم يمكن الأخذ منه فليس على القاتل شيء، والأخرى أنها لا تؤخذ من بيت المال بحال لأن فيه حقاً للنساء والصبيان والمجانين والفقراء، ولا عقل عليهم.

كما أن له روايتين في أصل الجاني وفرعه، إحداهما أنهم يؤدون كباقي العصبة، والأخرى أنهم لا شيء عليهم(٢).

وقال أبو حنيفة: العاقلة أهل الديوان إن كان القاتل منهم، وأهل الديوان: هم الجيش الذين كتبت أسماؤهم في الديوان، فإن لم يكن أهل الديوان فعاقلته قبيلته، قال: وعاقلة المعتق قبيلة مولاه. وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني(٣).

وليس لأهل الديوان مدخل في العاقلة عند الشافعي وأحمد(٤). وكذلك عند مالك في مشهور مذهبه، كما في المدونة وغيرها ففيها: «قلت: فما قول مالك في الدية؟ أهي على الديوان أم على القبائل؟ قال: قال مالك: إنما العقل على أهل القبائل: أهل ديوان كانوا أو غير أهل ديوان»(٥) اهـ.

ولمالك قول آخر أن العاقلة أهل الديوان ويبدأ بهم قبل القبيلة قال خليل: «وبدىء بالديوان»(٦). ورُد هذا القول لخلافه كلام المدونة. قاله

(١) مغني المحتاج ٤/ ٩٥- ٩٧.
(٢) المغني ٧/ ٧٨٦- ٧٩١.
(٣) الهداية ٤/ ٢٢٥- ٢٢٦.
(٤) المغني ٧/ ٧٨٦.
(٥) المدونة ٤/ ٤٨٠.
(٦) مختصر خليل ص ٢٨٠.

اللخمي قال: «والقول بأنها تكون على أهل الديوان ضعيف». نقله البناني، وقال: «فكان على المصنف الجري على مذهب المدونة»[١] اهـ.

ويضرب على من لزمته الدية من العاقلة بقدر طاقته قال مالك في المدونة: «على الغني بقدره، وعلى من دونه بقدره»[٢].

وبه قال أحمد، وقال الشافعي: على الغني نصف دينار، وعلى المتوسط ربع كل سنة. وقال أبو حنيفة، لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة[٣].

ويؤدي القاتل نصيبه من الدية كفرد من أفراد قبيلته على المعتمد. وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: دية الخطأ وشبه العمد على العاقلة لا الجاني، ولكن متى وزع الواجب في السنة الأولى على العاقلة أو بيت المال، وفضل شيء منه فهو على الجاني، مؤجلاً عليه كالعاقلة. وقال: أحمد - في الأصح عنه - ليس على القاتل شيء، لأن الدية تلزم العاقلة ابتداء[٤].

ويعقل عن الصبي والمجنون والمرأة والفقير والغارم إذا جنوا، ولا يعقلون مع العاقلة، عن أنفسهم ولا عن غيرهم، لأن المرأة والصبي والمجنون - ليس منهم تناصر، أما الفقير والغارم فلعجزهما واحتياجهما[٥].

وبه قال الثلاثة في جل ما ذكر ونقل ابن المنذر الإجماع عليه. قال: «وأجمعوا أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ - لا يعقلان مع العاقلة، هذا قول

---

(١) حاشية البناني على الزرقاني ٨/ ٤٥.
(٢) المدونة ٤/ ٤٨١.
(٣) الإنصاف ١٠/ ١٢٩ ومغني المحتاج ٤/ ٩٩ والهداية ٤/ ٢٢٦.
(٤) المنتقى ٧/ ٩٩ والهداية ٤/ ٢٢٧ ومغني المحتاج ٤/ ٩٥- ٩٧ وكشاف القناع ٦/ ٦١.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٤٠٠- ٤٠١.

مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي. وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه من ذلك شيء»[1].

وقال في المغني: «وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون شيئاً منها، لأن فيها معنى التناصر، وليس هم من أهل النصرة»[2].

والمعتبر في الفقر والصبا والجنون وقت توزيع الدية على العاقلة، فإذا أيسر فقير، وبلغ صبي، وعقل مجنون بعد التوزيع، فلا شيء عليهم، وبالمقابل فإن من لزمته الدية وضربت عليه، ثم طرأ عليه عسر، أو جنون بعد التوزيع فإنها لا تسقط عنه، كما أنها لا تسقط بالموت، فمن وزعت عليه ومات أخذت من تركته حالة، لأنها تحل بالموت[3].

وتضرب الدية على من حضر وغاب من القبيلة ولو بعدت غيبته إن لم تكن غيبة انقطاع وإلا فلا يضرب عليه، فيعقل مع من سكن معهم، ويعقلون عنه، هذا ما ذكر خليل وغيره[4].

قلت: وهذا واضح فيما إذا كان قد حالف من سكن معهم واتفق معهم على التعاقل بحيث يكونون له بمنزلة القبيلة، أما إذا لم يقع ذلك بل سكن معهم دون ارتباط آخر غير الجوار، وقبيلته في مدينة أخرى كما يقع في كثير من بلادنا الموريتانية، فالظاهر لي أن ارتباطه بقبيلته يظل قائماً، يعقل معها وتعقل معه، وكذلك الشأن عندي في بادي القبيلة وحاضرها. والله أعلم.

* * *

وَالْكَامِلَةُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ تَحِلُّ بِأَوَاخِرِهَا. وَالثُّلُثُ فِي سَنَةٍ وَالثُّلُثَانِ فِي سَنَتَيْنِ كَالنِّصْفِ.

* * *

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ١٩٦.
(٢) المغني ٧/ ٧٩١.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٠١- ٤٠٢.
(٤) المرجع السابق.

تنجم الدية الكاملة لمسلم أو غيره، ذكراً كان أو أنثى في ثلاث سنين، أو لها من يوم الحكم، فيبدأ التنجيم منه لا من يوم القتل على المشهور، فيحل النجم الأول وهو الثلث آخر السنة الأولى، ويحل الثاني آخر الثانية والثالث آخر الثالثة، وسواء كانت الدية الكاملة لنفس أو طرف كقطع يدين، خطأ.

وينجم الثلث سنة واحدة كآمة أو جائفة يحل بآخرها، وينجم الثلثان كجائفة وآمة معاً ـ في سنتين يحل في آخر كل منهما ثلث. كما ينَجم النصف كيد في سنتين لكل منهما ربع على الراجح، والثلاثة الأرباع تنجم في ثلاث سنين، لكل سنة ربع[1].

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي: «عن عامر الشعبي قال: «جعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه الدية في ثلاث سنين وثلثي الدية في سنتين، ونصف الدية في سنتين وثلث الدية في سنة، قال: وقال لي مالك: مثل ذلك سواء، وقال لي مالك في النصف يكون في سنتين، لأنه زيادة على الثلث»[2].

وبه قال الثلاثة في دية الحر الذكر الكاملة، وقال به أبو حنيفة أيضاً في دية الكتابي الذمي لأنها عنده مساوية لدية الحر المسلم. وقال: إذا كان الواجب في العقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة.

وقال الشافعي: تؤجل دية الذمي سنة لأنها ثلث، وقيل ثلاثاً وتؤجل دية المرأة في سنتين في الأولى ثلث وقيل ثلاثاً. والأطراف في كل سنة ثلث دية، وقيل كلها في سنة. وقال أحمد: إذا كان الواجب ثلث الدية أو نصفها وجب

---

(١) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨٥.

(٢) السنن الكبرى ٨/ ١٠٩ـ ١١٠.

الثلث في آخر السنة الأولى والباقي في آخر الثانية، وإن كان أكثر من ثلثين وجب الثلثان في سنتين والباقي في آخر الثالثة.

وفي الدية الناقصة ـ كدية المرأة والكتابي ـ وجهان أحدهما: تقسم في ثلاث سنين، والثاني: يجب منها قدر ثلث الدية الكاملة في السنة الأولى، وباقيها في السنة الثانية.

واتفق أبو حنيفة مع مالك أن ابتداء السنة يكون من حين الحكم وقال الشافعي وأحمد: يكون من حين الوجوب(١).

واختلف في أقل العاقلة الشاملة للعصبة والموالي، فقيل: سبعمائة وقيل الزائد على ألف بعشرين، وقيل: لا حد لعددها، الأول صدر به خليل. والثالث: ظاهر كلام ابن عرفة أنه المذهب، فعلى أنها لها حد، فلا يضم إليه أحد ممن بعده(٢).

* * *

وَعَلَى الْقَاتِلِ الْمُسْلِمِ عِتْقُ رَقَبَةٍ ـ إِذَا قَتَلَ مِثْلَهُ مَعْصُوماً خَطَأً، وَعَلَيْهِ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ جَلْدُ مائَةٍ وَحَبْسُ سَنَةٍ.

* * *

يجب على الحر المسلم إذا قتل خطأً ـ معصوماً مكافئاً له ـ كفارة، وهي عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب، فإن لم يجدها أو عجز عن ثمنها، فعليه صيام شهرين متتابعين، ويشترط في الرقبة وصوم الشهرين ما يشترط في كفارة الظهار المتقدم ذكرها(٣).

---

(١) الهداية ٤/ ٢٢٥ـ ٢٢٨ ومغني المحتاج ٤/ ٩٧ـ ٩٨ والمغني ٧/ ٧٦٧ـ ٧٦٨.
(٢) مختصر خليل ص ٢٨٠ وحاشية البناني على الزرقاني ٨/ ٤٨.
(٣) تبيين المسالك ٣/ ١٨٢ـ ١٨٤.

والأصل في هذه الكفارة قوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أَهْلِهِ ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿ فَمَن لَم يَجِدْ فَصِيَام شهرين مُتَتَابِعَين ﴾(١).

وبه قال الثلاثة، ونقل ابن المنذر عليه الإجماع(٢).

وإذا كان القاتل صبياً أو مجنوناً لزمته الكفارة المذكورة، لأنها من خطاب الوضع كعوض المتلفات(٣). وبه قال الشافعي وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة(٤).

وتندب الكفارة لمسلم حر قتل عبداً أو كافراً معصوماً خطئاً أو قتل جنيناً، كما تندب له في عمد لم يقتل به لعفو أو عدم مكافأة.

وقال الثلاثة: تجب في قتل العبد والكافر المعصوم خطئاً، وعند الشافعي وأحمد: تجب في قتل الجنين، ولا تجب فيه عند أبي حنيفة.

ولا تجب الكفارة في قتل العمد عند أبي حنيفة وأحمد في مشهور مذهبه، وقال الشافعي: وجوبها في قتل العمد من باب أولى(٥).

وعلى البالغ القاتل عمداً ـ إذا لم يقتص منه لعفو ونحوه ـ جلد مائة وحبس سنة، سواء كان حراً أو رقيقاً، مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى، ولو كان القتيل عبده أو مجوسياً معصوماً(٦).

والأصل فيه ما أخرجه الدارقطني: «عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن

---

(١) النساء ٩٢.

(٢) اللباب ٣/ ١٧١ والمهذب ٢/ ٢١٧ والمغني ٨/ ٩٢- ٩٧ والإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ٢١٠.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٨٦.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ١٠٧ والمغني ٨/ ٩٤- ٩٦.

(٥) المرجعان السابقان.

(٦) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٨٧.

جده أن رجلاً قتل عبده عمداً فجلده النبي ﷺ مائة جلدة، ونفاه سنة، ومحا سهمه من المسلمين، ولم يقده به، وأمره أن يعتق رقبة». وفيه إسماعيل بن عياش، ضعفه بعض ووثقه بعض[1].

وقال أحمد والشافعي: إذا عُفي عن القاتل لم تلزمه عقوبة، لأنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه، ولم يجب عليه شيء آخر. قاله في المغني[2].

تنبيه: يجوز دفع صائل على نفس أو مال أو حريم، بعد الإنذار للعاقل، فيناشده أن يتركه إن أمكن، فإن لم يتركه. أو لم تمكنه المناشدة - دفعه بالقتل أو غيره[3].

والأصل في ذلك ما أخرجه مسلم عن أبي هريرة قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله: أرأيتَ إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: «فلا تعطه مالك». قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «قاتله». قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «فأنت شهيد». قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «هو في النار»[4].

وعن سعيد بن زيد قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد». أخرجه أبو داود وسكت عنه وأقره المنذري وقال: وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي: حسن صحيح[5].

وأخرج الشيخان جانبه الأول عن عبد الله بن عمرو، أي: «من قتل دون ماله فهو شهيد»[6].

---

(١) سنن الدارقطني والتعليق المغني ٣/ ١٤٤ وميزان الاعتدال ١/ ٢٤٠ - ٢٤١.
(٢) المغني ٧/ ٧٤٥- ٧٤٦.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.
(٤) صحيح مسلم ١/ ١٢٤.
(٥) مختصر سنن أبي داود ٧/ ١٥٨.
(٦) صحيح البخاري ٢/ ٨٧٧ وصحيح مسلم ١/ ١٢٥.

القَسَامَةُ

سبَبُ القَسَامَةِ قَتْلُ الحُرِّ الْمُسْلِم بِلَوْثٍ، كَشَاهِدَيْن عَلَى قَوْلِ حُرٍّ مُسْلِمٍ بَالِغٍ: قَتَلَنِي فُلَانٌ أَوْ جَرَحَنِي أَوْ ضَرَبنِي، أَوْ دَمِي عِنْدَهُ عَمْداً أَوْ خَطَئاً، وَإِنْ أَطْلَقَ بَيَّنُوا. وَبَطَلَتْ إِنْ اخْتَلَفُوا. أَوْ عَلَى مُعَايَنَةِ الضَّرْبِ أَوْ الْجَرْحِ وَيَتَأَخَرُ الْمَوْتُ.

* * *

القَسامة (بفتح القاف): اسم مصدر من أقسم، وهي اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدم، وكانت في الجاهلية فأقرها الإسلام[1].

وسببها الموجب للقصاص في العمد، والدية في الخطإ - قتل الحر المسلم - وإن صبياً - بلوث، وهو ما ينشأ عنه غلبة الظن بصدق مدعي القتل، ويعبر عنه أيضاً باللطخ، كأن يشهد شاهدان على قول حر مسلم بالغ قتلني فلان أو ضربني أو جرحني أو دمي عنده، عمداً أو خطئاً، هذا إذا كان القائل عدلاً بل ولو كان فاسقاً ادعاه على ورع، ولا بد من تماديه على إقراره[2]. وهذه المسألة انفرد بها الإمام مالك والليث من بين فقهاء الأمصار، فإذا قال المجروح: دمي عند فلان كان ذلك لوثاً يوجب القسامة عندهما[3].

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٤٠٧ ومغني المحتاج ٤/ ١٠٩.
(٢) شرح الزرقاني لمختصر خليل ٧/٥٠.
(٣) بداية المجتهد ٢/٤٣١ والمغني ٨/٧٩.

ففي العمد يستحق الأولياء بالقسامة القصاص، وفي الخطإ يستحقون بها الدية، وإن أطلق المجني عليه القول، بأن لم يقيده بعمد ولا خطإ ـ بيَّن أولياؤه أنه عمد أو خطأ وأقسموا على ما بينوا.

فإن لم يبينوا بأن قالوا: لا نعلم هل هو عمد أو خطأ أو لا نعلم مَن قتّله. بطلت القسامة. وكذلك إن اختلفوا؛ بأن قال بعضهم إن القتل عمد وقال بعضهم: لا نعلم أهو عمد أو خطأ ـ يبطل الدم، أما إن قال بعضهم: إن القتل خطأ وقال البعض: لا نعلم أهو خطأ أو عمد فلمدعي الخطإ أن يحلف جميع أيمان القسامة ويأخذ نصيبه من الدية، لإمكان توزيع ما يثبت في الخطإ وهو المال(١).

ومن أمثلة اللوث أن يشهد عدلان على معاينة الضرب أو معاينة الجرح عمداً أو خطئاً ويتأخر موت المسلم الحر المضروب أو المجروح. أما إذا لم يتأخر موته فإن أولياءه يستحقون الدم أو الدية بلا قسامة.

ومن أمثلة اللوث أن يشهد عدل بإقرار المقتول بعمد أو خطإ بأن يشهد أن المسلم البالغ المجروح قال: إن فلاناً جرحني أو ضربني عمداً أو خطئاً فإن لم يكن به جرح ولا أثر للضرب فلا يقبل ذلك، لأن التدمية البيضاء لا تقبل على المشهور، ومن اللوث: أن يشهد عدل أنه رأى المقتول يتشحط في دمه، والشخص المتهم بالقتل قربه، وعليه أمارة القتل ككون آلة القتل بيده ملطخة بدم، أو رآه خارجاً من مكان المقتول وليس فيه غيره، ومن باب أولى إن شهد العدل بمعاينة القتل عمداً أو خطئاً.

وليس من اللوث وجود المقتول بقرية قوم ولو مسلماً بقرية كفار، إذا كان أهل القرية يخالطهم فيها غيرهم، وإلا كان لوثاً كما في قضية عبد الله بن سهل الآتي ذكرها إن شاء الله(٢).

* * *

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٨٧ـ ٢٩٢.
(٢) المرجع السابق.

وَهِيَ خَمْسُونَ يَمِيناً بتّاً، ويَحْلِفُهَا في الْخَطَإِ مَن يَرِثُ الْمَقْتُولَ وَإِنْ وَاحِداً، وَلاَ يَحْلِفُ في الْعَمْدِ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ مِنَ الْعَصَبَةِ وَإِنْ نَكَلَ أَوْلِيَاءُ الدَّمِ حَلَفَ المدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمْ حُبِسَ.

* * *

القسامة خمسون يميناً بتاً متوالية، فلا تفرق في زمان ولا مكان، ولكن في العمد يحلف هذا يميناً وهذا يميناً حتى تتم، فلا يحلف واحد جميع حظه قبل حظ أصحابه لئلا ينكل غيره فتذهب أيمانه سدى، لأن العمد إذا نكل فيه واحد بطل الدم[1].

ففي حال شهادة العدلين على الضرب أو الجرح يقسم أولياء الدم خمسين يميناً: «بالله الذي لا إله إلا هو» لمن ضربه أو جرحه مات، وفي شهادة العدل الواحد بذلك يقسمون: لقد ضربه أو جرحه ومات من ذلك، وأولى إن شهد العدل بمعاينة القتل.

وفي حال شهادة عدل بإقرار المقتول بعمد أو خطإ: يقسمون: لقد قتله، وكذلك الشأن في رؤية العدل للمقتول يتشحط في دمه والمتهم قربه وعليه أثر القتل الآنف الذكر[2].

فإن حلفوا خمسين يميناً استحقوا الدية في الخطإ، والقود في العمد من واحد يعين لها، إذ لا يقتل بالقسامة إلا واحد، ويكون معيناً باليمين[3].

وجبرت اليمين المنكسرة على أكثر كسرها ولو كان صاحبه أقل نصيباً

(١) شرح الزرقاني ٨/ ٥٥.
(٢) المرجع السابق ٨/ ٥٢ـ ٥٣ والشرح الصغير ٤/٤١٣.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٩٤ـ ٢٩٧.

كبنت مع ابن فتحلف سبعة عشر يميناً ويحلف الابن ثلاثة وثلاثين يميناً، وإن تساوت الكسور فعلى كل واحدٍ تكميل ما انكسر عليه. كثلاثة بنين على كل منهم ستة عشر وثلثان، فيحلف كل واحد منهم سبعة عشر يميناً(١).

ويحلفها في الخطإ من يرث المقتول من المكلفين وإن واحداً أو امرأة، وتوزع الأيمان على الورثة بقدر الميراث، ولا يأخذ أحد من الأولياء الحاضرين البالغين حظه إلا بعد أن يحلف خمسين يميناً، ثم بعد حلف الحاضر جميع الأيمان يحلف من حضر من الغائبين أو بلغ من الصبيان ـ حصته من أيمان القسامة(٢).

أما العمد فلا يحلف فيه أقل من رجلين من عصبة المقتول أو مواليه الأعلين إن فقدت العصبة، وعلى ذلك عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال مالك: لا يقسم في قتل العمد من المدعين إلا اثنان فصاعداً، تردد الأيمان عليهما حتى يحلفا خمسين يميناً ثم قد استحقا الدم، وذلك الأمر عندنا»(٣).

ولولي المقتول ـ وإن تعدد ـ الاستعانة بغيره من العصبة في حلف أيمان القسامة، فله أن يتساوى معهم، وله أن يحلف أكثر من حصته. إن لم تزد الأيمان التي يحلفها على نصف القسامة.

وتوزع الأيمان على مستحقي الدم، فإن زادوا على خمسين اجتزىء منهم بخمسين. وإن كان أولياء المقتول أكثر من اثنين، وكانوا في درجة واحدة كإخوة أو أعمام وطاع منهم اثنان بحلف جميع الأيمان اجتزىء بهما، بشرط أن يكون الذي لم يحلف غير ناكل(٤).

وإن نكل أولياء الدم ردت الأيمان على المدعى عليهم القتل، فيحلف

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الشرح الكبير للدرير ٤/ ٢٩٤- ٢٩٦.
(٣) الموطأ ٢/٨٨١.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٥٧- ٥٨.

كل منهم خمسين يميناً إن تعددوا، لأن كل واحد منهم على البدل متهم بالقتل، وإن كان واحداً حلفها.

ومن نكل حبس حتى يحلف خمسين يميناً أو يموت في السجن على الراجح، ومن ردت عليه اليمين فليس له أن يستعين بغيره من عصبته، فيحلف وحده، ولو كان واحداً(١).

والأصلُ في القسامة ما أخرجه مالك والشيخان: «عن يحيى بن سعيد عن بُشير بن يسار أنه أخبره أن عبد الله بن سهل الأنصاري ومحيِّصة بن مسعود خرجا إلى خيبر فتفرقا في حوائجهما فقتل عبد الله بن سهل، فقدم محيِّصة فأتى هو وأخوه حُويِّصة وعبد الرحمن بن سهل إلى النبي ﷺ، فذهب عبد الرحمن ليتكلم لمكانه من أخيه، فقال رسول الله ﷺ: «كبِّر كبِّر» فتَكلم حُوَيِّصة ومحيِّصة فذكرا شأن عبد الله بن سهل، فقال لهم رسول الله ﷺ: «أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم؟» قالوا: يا رسول الله: لم نشهد ولم نحضر، فقال لهم رسول الله ﷺ: «فتبرئكم يهودُ بخمسين يميناً» فقالوا يا رسول الله: كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ قال يحيى بن سعيد: فزعم بُشير بن يسار أن رسول الله ﷺ وداه من عنده». أخرجه مالك بهذا اللفظ. مرسلاً وأخرجه البخاري ومسلم موصولاً عن سهل بن أبي حثمة»(٢).

ففي الحديث دليل على أن القسامة يقتل بها في العمد، لأن فيه: «أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم؟» وبه قال أحمد، فاتفق مع مالك على أن القسامة يقتل بها في العمد، وأنها لا يقتل بها إلا واحد، وأنها تجب بها الدية في الخطإ، ولا يشترط عنده حلف اثنين فأكثر في العمد، بل يكفي واحد إن انفرد بالإرث، ولا تقبل عنده قسامة النساء في عمد ولا خطإ(٣).

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الموطأ ٢/ ٨٧٨- ٨٧٩ وصحيح البخاري ٦/ ٢٦٣٠ وصحيح مسلم ٣/ ١٢٩٤.

(٣) المغني ٨/ ٦٨- ٨٠ والمبدع ٩/ ٣٧- ٣٨.

وقال الشافعي في الأصح عنه: إن القسامة لا يقتل بها، وإنما تجب بها الدية في الخطإ وشبه العمد على العاقلة منجمة، وتجب بها الدية في العمد على المدعى عليه حالة وتوزع أيمانها على ورثة المقتول حسب إرثهم[1].

وفي الحديث أيضاً دليل على أن أولياء الدم المدعين يبدؤون بأيمان القسامة، وعليه عمل أهل المدينة قاله في الموطإ[2] وبه قال الشافعي وأحمد[3].

فإن لم يحلف المدعون ردت الأيمان على المدعى عليهم فإن حلفوها برئوا كما تقدم عن مالك، وبه قال الشافعي وأحمد[4].

أما إن نكل المدعى عليهم عن حلف الأيمان التي ردت عليهم فتقدم لمالك أنهم يحبسون حتى يحلفوا أو يموتوا. وقال أحمد: إن نكلوا لزمتهم الدية ولم يحبسوا. قال: وإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بأيمان المدعى عليهم وداه الإمام من بيت المال[5].

أما أبو حنيفة فإنه لا يرى أن يحلف أولياء الدم بحال، وإنما الأيمان على المدعى عليهم، فإن حلفوا غرموا الدية، سواء كانت الدعوى عمداً أو خطئاً، وإن نكلوا سُجنوا حتى يحلفوا[6].

واستدل بحديث الزهري: «عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من الأنصار: أن النبي ﷺ قال لليهود ـ وبدأ بهم ـ «يحلف منكم خمسون رجلاً». فأبوا فقال للأنصار: «استحقوا» قالوا: نحلف على

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١١١ـ ١١٧.
(٢) الموطأ ٢/ ٨٧٩.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ١١٧ والمغني ٨/ ٦٨ـ ٧٧.
(٤) المرجعان السابقان.
(٥) المغني ٨/ ٧٨.
(٦) الهداية ٤/ ٢١٦ـ ٢١٨.

الغيب يا رسول الله؟ فجعلها رسول الله ﷺ دية على يهود، لأنه وُجد بين أظهرهم». أخرجه أبو داود.

قال المنذري: «قال بعضهم: وهذا ضعيف، لا يلتفت إليه»[1].

وقال الخطابي: «في هذا حجة لمن رأى أن اليمين على المدعى عليهم، إلا أن أسانيد الأحاديث المتقدمة أحسن اتصالاً وأوضح متوناً وقد روى ثلاثة من أصحاب رسول الله ﷺ أنه بدأ في اليمين بالمدعين: سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج وسويد بن النعمان»[2] اهـ.

(١) مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣٢٢- ٣٢٣.
(٢) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٦/ ٣٢٢- ٣٢٣.

بَابُ الْبَغْيِ

الْبَاغِيَةُ: فِرْقَةٌ خَالَفَتِ الْإِمَامَ بِمُغَالَبَةٍ وَلَوْ تَأْوِيلًا، فَلِلْعَدْلِ قِتَالُهُمْ وَأُنْذِرُوا، وَحَرُمَ إِتْلَافُ مَالِهِمْ وَاسْتُعِينَ بِهِ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ أُمِنُوا تُرِكُوا.

وَلَا يَضْمَنُ مُتَأَوِّلٌ بِخِلَافِ غَيْرِهِ.

* * *

البغي: الظلم، والباغي في اصطلاح الفقهاء هو المخالف للإمام الخارج عن طاعته بالامتناع من أداء ما عليه أو غيره[1].

الباغية: فرقة، أي طائفة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم الذي ثبتت إمامته، إما ببيعة أهل الحل والعقد له، وإما بعهد الذي قبله له وَإما بتغلبه على الناس. قاله البناني قال: «وحينئذ فلا يشترط فيه شرط، لأن من اشتدت وطأته وجبت طاعته.

وأهل الحل والعقد من اجتمعت فيه ثلاث صفات: العدالة، والعلم بشروط الإمامة، والرأي. وشروط الإمامة ثلاثة: كونه مستجمعاً لشـروط

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ٣١.

القضاء، وكونه قرشياً، وكونه ذا نجدة وكفاية في المعضلات ونزول الدواهي والمُلمات». اهـ[1].

هذه الطائفة الباغية خالفت السلطان لمنع حق وجب عليها من زكاة أو غيرها، أو لخلعه، لحرمة ذلك عليهم، فلا يجوز خلعه وإن ظلم وفسق وعطل الحقوق، بل يجب وعظه وإرشاده، إلا أن يقوم عليه عدل فيجوز ذلك. قاله عق[2].

ولا بد أن يكون الخروج بمغالبة، وهي إظهار القهر ولو بغير قتال، وقيل: المراد بالمغالبة المقاتلة.

فللإمام العدل قتالهم، ويجب كفاية على الناس معاونته عليهم إن كان عدلاً، وإن تأولوا، كقتال أبي بكر لمانعي الزكاة، لتَأوُّلِهم أن المخاطب بأخذها النبي ﷺ[3]. لقوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ الآية[4]. وأما غير العدل فلا يجوز له قتالهم، لاحتمال أن يكون خروجهم لظلمه وجوره، وإن مُنع خروجهم عليه لذلك، كما تقدم[5].

وفي الحالةالتي يجوز فيها قتالهم يجب على الإمام إنذارهم، فيدعوهم لطاعته، فإن لم يطيعوه قاتلهم إن لم يعاجلوه بالقتال، وإلا قاتلهم دون إنذار[6].

والأصل في هذا الباب قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُواْ التي تَبْغى حَتَّى تَفِيءَ

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٨/ ٦٠.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٦٠.
(٣) المرجع السابق.
(٤) التوبة ١٠٣.
(٥) شرح الزرقاني ٨/ ٦٠- ٦١.
(٦) المرجع السابق.

إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾[2].

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر، فإنه ليس أحد يفارق الجماعة شبراً فيموت إلا مات ميتة جاهلية». أخرجه الشيخان واللفظ للبخاري[3].

وأخرج مسلم في صحيحه عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أنه قال: «إنه يستعمل عليكم أمراء فتعرفون وتنكرون، فمن كره فقد برىء، ومن أنكر فقد سلم، ولكن من رضي وتابع» قالوا: يا رسول الله ألا نقاتلهم؟ قال: «لا ما صلوا». «أي من كره بقلبه وأنكر بقلبه»[4].

قال النووي: «وقوله ﷺ: «ولكن من رضي وتابع». معناه: ولكن الإثم والعقوبة على من رضي وتابع، وفيه دليل على أن من عجز عن إزالة المنكر لا يأثم بمجرد السكوت، بل إنما يأثم بمجرد الرضى به، أو بأن لا يكرهه بقلبه، أو بالمتابعة عليه. وأما قوله: «أفلا نقاتلهم؟» قال: «لا ما صلوا»: ففيه معنى ما سبق أنه لا يجوز الخروج على الخلفاء بمجرد الظلم والفسق، مالم يغيروا شيئاً من قواعد الإسلام»[5] اهـ.

ونقل الحافظ في الفتح إجماع الفقهاء على وجوب طاعة السلطان المتغلب والجهاد معه، وأن طاعته خير من الخروج عليه، لما في ذلك من حقن الدماء، وتسكين الدهماء». قال: «إلا إذا وقع من السلطان الكفر

---

(١) الحجرات ٩.

(٢) النساء ٥٩.

(٣) زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم ٣/ ١٧٦- ١٧٧.

(٤) صحيح مسلم ٣/ ١٤٨١.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٢٤٣- ٢٤٤.

الصريح فلا تجوز طاعته في ذلك بل تجب مجاهدته لمن قدر عليها»[1].

ونحوه للثلاثة، ففي المذهب الحنفي قال القدوري: «وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام، دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم، ولا يبدؤهم بالقتال حتى يبدؤوه، فإن بدؤوا قاتلهم حتى يفرق جمعهم»[2].

وفي المذهب الشافعي قال في المنهاج: الباغية: «وهم مخالفوا الإمام بخروج عليه وترك الانقياد أو منع حق توجه عليهم، بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاع فيهم، قيل: وإمام منصوب. وإن لم يقاتلوا تركوا»[3].

وفي المذهب الحنبلي قال في المبدع: البغاة: «هم القوم الذين يخرجون على الامام بتأويل سائغ، ولهم منعة وشوكة، فإن فات شرط فقطاع». قال: «وعلى الإمام أن يراسلهم ويسألهم ما ينقمون منه؟ ويزيل ما يذكرونه من مظلمة، ويكشف ما يدعونه من شبهة، فإن فاءوا وإلا قاتلهم، وعلى رعيته معونته على حربهم»[4] اهـ.

وحرم إتلاف مالهم وسبي ذراريهم، لأنهم مسلمون، وفي حال جواز قتالهم يستعان عليهم بما لهم من سلاح وخيل ثم يرد لهم، وإن أمنوا تركوا، ولا يجهز على جريحهم ولا يتبع منهزمهم[5].

والأصل في ذلك حديث ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «هل تدري يابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة؟» قال: الله ورسوله أعلم قال: «لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها، ولا يطلب

---

(١) فتح الباري ١٣/ ٥.
(٢) اللباب ٤/ ١٥٤.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ١٢٣- ١٢٤.
(٤) المبدع ٩/ ١٥٩- ١٦١.
(٥) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٦١- ٦٢.

هاربها ولا يقسم فيؤها». رواه البزار والحاكم وصححه، فوهم، لأن في إسناده كوثر بن حكيم وهو متروك، وصح عن علي من طرق نحوه موقوفاً. أخرجه ابن أبي شيبة والحاكم. قاله الحافظ[1].

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: إذا كان لهم فئة أجهز على جريحهم، واتبع موليهم، وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم، ولا تسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال[2].

ولا يضمن المتأول في خروجه نفساً ولا مالاً أتلفهما حال بغيه، بخلاف الباغي غير المتأول فعليه الضمان إن كان الإمام عدلاً. فيضمن النفس والمال، قال المواق ـ نقلاً عن ابن شأس ـ : «وما أتلفوه في الفتنة فلا ضمان فيه من نفس ولا مال، هذا إن كانوا خرجوا على تأويل، وأما أهل العصبية وأهل الخلاف لسلطانهم ـ بغياً ـ بلا تأويل فيؤخذون بالقصاص ورد المال قائماً كان أو فائتاً»[3] اهـ . وأما الخارج على غير العدل فكالمتأول، لا يضمن[4].

وبه قال أحمد والشافعي، وتقدم أن الباغي من شروطه عندهما أن يكون متأولاً، أما غير المتأول فلا يعتبر باغياً عندهما، وإنما هو قاطع طريق[5].

والمرأة كالرجل إذا قاتلت بسلاح، قتلت، وإلا فلا، ما لم تقتل شخصاً فتقتل به، وهي في التأويل وغيره كالرجل فيما سبق[6].

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٥٣ـ ٢٥٤.
(٢) المغني ٨/ ١١٤ والمهذب ٢/ ٢١٨ واللباب ٤/ ١٥٥.
(٣) التاج والإكليل ٦/ ٢٧٩.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٤/٣٠٠.
(٥) مغني المحتاج ٤/ ١٢٥ـ ١٢٦.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٤٣٠.

بابٌ في الرِّدَّةَ (أعاذَنَا الله مِنها)

الرِّدَّةُ كُفْرُ الْمُسْلِمِ بِصَرِيحٍ أَوْ لَفْظٍ يَقْتَضِيهِ أَوْ فِعْلٍ يَتَضَمَّنُهُ، كَإِلْقَاءِ مُصْحَفٍ بِقَذَرٍ، وَسِحْرٍ أَوْ قَوْلٍ بِقِدَمِ الْعَالَمِ أَوْ بَقَائِهِ أَوْ إِنْكَارِ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ مِمَّا عُلِمَ مِنَ الدِّينِ ضَرُورَةً.

أَوْ جَوَّزَ اكتِسابَ النُّبُوةِ، وفُصِّلَت الشهادَةُ فيهِ.

* * *

الردة ـ أعاذنا الله منها ـ هي كفر مسلم بالغ مستقر إسلامه بالنطق بالشهادتين مختاراً، وذلك إما بصريح من القول كقوله: إنه أشرك بالله، أو بلفظ يقتضي الكفر، كقوله: المسيح ابن الله، لأن الله ﴿ لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ ﴾[1] أو فعل يتضمنه كإلقاء مصحف بما يستقذر ـ ولو طاهراً كبصاق ـ لا نحو تقليب به، فليس بردة وإن كان حراماً. ومثل المصحف: أسماء الله والحديث وكتبه وكتب الفقه، إن فعل ذلك استخفافاً بالشريعة. وكشد زُنَّار؛ وهو ثوب يشد به الكافر وسطه، والمراد به ملبوس الكفار الخاص بهم، إن فعله ميلاً لكفر، لا لعباً فحرام فقط[2].

وكذا يكفر المسلم بتعلم السحر وبممارسته، وهو كلام يعظم به غير

(١) الإخلاص ٣.

(٢) شرح الزرقاني لخليل وحاشية البناني عليه ٨/ ٦٢ـ ٦٣.

الله تعالى، وتنسب إليه المقادير والكائنات، فإن تجاهر به قتل إن لم يتب، وإن كان يخفيه فحكمه حكم الزنديق يقتل بلا استتابة، ورجح الحطَّاب عدم استتابته مطلقاً؛ أسر بسحره أم أظهره(١).

وبه قال أحمد وأبو حنيفة أي إن الساحر يقتل، قاله في المغني، قال: «ولم ير الشافعي عليه القتل بمجرد السحر»(٢).

والأصل في أن السحر كفر قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ ﴾(٣) أي وما كفر سليمان بما نسب إليه اليهود من السحر، لأنه ليس ساحراً، «ولكن الشياطين كفروا» فأثبت كفرهم بتعليم السحر، «فلا تكفر» بتعلـم السحر، لأن تعلمه كفر(٤).

ومن الردة: القول بقدم العالَم ـ وهو ما سوى الله ـ لأن قدمه ينفي أن له صانعاً، وكذلك القول ببقائه، لأنه يستلزم إنكار القيامة. والقول بتناسخ الأرواح ردة، بحيث يقول: إنها إن كانت من مطيع تنتقل بعد موته لشكل مماثل أو لأعْلَى منه، وإن كانت من عاص تنتقل لشكل مماثل أو أدنى ككلب، لأن في ذلك إنكاراً للبعث(٥).

ومن الردة: إنكار حكم مجمع عليه، مما علم من الدين ضرورة، بكتاب أو سنة متواترة كوجوب الصلاة، وحرمة الزنى لا بما لم يعلم من الدين ضرورة، وإن كان مجمعاً عليه، كإعطاء السدس لبنت الإبن مع وجـود البنت(٦).

---

(١) المرجعان السابقان ومواهب الجليل ٦/ ٢٧٩ـ ٢٨٠.
(٢) المغني ٨/ ١٥٣.
(٣) البقرة ١٠٢.
(٤) تفسير القرطبي ٢/ ٤٣ـ ٤٤ وفتح القدير للشوكاني ١/ ١٢٠.
(٥) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٤٣٤ـ ٤٣٦.
(٦) المرجعان السابقان.

ويكفر من جوز اكتساب النبوة، أي تحصيلها برياضة أو غيرها، لأن ذلك يستلزم وقوع النبوة بعد محمد ﷺ، وهو خاتم النبيين[١].

وفصلت الشهادة- في الكفر وجوباً، فإذا شهد عدلان بكفر شخص فلا بد أن يسألهما القاضي: بأي شيء كفر؟ فيقول الشاهد: بقول كذا أو فعل كذا، لئلا يكون ما شهد به غير كفر، واعتقد الشاهد أنه كفر[٢].

وبه قال الشافعي في أحد قوليه، وقوله الآخر- وبه صدر في المنهاج أن الشهادة بالردة تقبل على وجه الإطلاق، ويقضى بها من غير تفصيل[٣]. واتفق الثلاثة مع مالك على أن الردة تثبت على صاحبها بشهادة عدلين[٤].

* * *

وَأَسْقَطَتْ صَلَاةً وصِيَاماً وَزَكَاةً وَنَذْراً وَيَمِيناً وَإِحْصَاناً لَا طَلَاقاً وَإِحْلَالَ مُحلِّلٍ بِخِلَافِ رِدَّةِ الْمَرْأَةِ.

* * *

أسقطت الردة صلاة وصياماً وزكاة، فلا يطالب المكلف بها إن عاد للإسلام، سواء فعلها قبل الردة أم لا، إلا أنه إن كان لم يفعلها أسقطت قضاءها، وإن كان فعلها أسقطت ثوابها.

وأسقطت، أي أبطلت حجاً تقدم عليها فيجب على المرتد فعله إن عاد للإسلام[٥].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٣٥.
(٢) المرجع السابق ٤/ ٤٣٦.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ١٣٨.
(٤) المرجع السابق والمغني ٨/ ١٤١.
(٥) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٠٧.

مِنَ الخَاسِرِينَ ﴾[1] وقوله عز وجل: ﴿ وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُم فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُم فِيهَا خَالِدُونَ ﴾[2].

وقد نقلنا كلام القرافي على معنى هذه الآية عند كلامنا على نقض الوضوء بالردة[3]. وهو أن ما جاء فيها من «باب اللف والنشر المرتب، لأنه إذا رتب شيئان على شيئين، جعل الأول لـلأول والثاني للثاني. وهنا رتب الإحباط والخلود على الردة، والوفاة عليها»[4].

وعلى هذا يكون المعنى: «ومن يرتدد منكم عن دينه» حبط عمله، ومن مات وهو مرتد خلد في النار، أعاذنا الله منها.

وأسقطت الردة نذراً وكفارة ويميناً بالله أو بعتق، أو ظهار، أو طلاق، بمعنى أن المرتد لا يطالب بها إن عاد للإسلام، وأبطلت إحصاناً فإذا ارتد المحصن بطل إحصانه، فلا يرجم إذا أسلم وزنى بعد ذلك. قال عق: «وينبغي أن تقيد هذه الأمور من قوله: «وأسقطت صلاة» إلى هنا بما إذا لم يقصد بالردة إسقاطها، وإلا لم تسقط، معاملة له بنقيض قصده»[5] اهـ.

لا تسقط الردة طلاقاً صدر منه قبلها، سواء كان ثلاثاً أو أقل فإذا طلق زوجته ثلاثاً ثم ارتد ثم رجع للإسلام ـ فلا تحل له إلا بعد زوج، وهذا ما لم يرتدا معاً، فإن ارتدا معاً ثم رجعا إلى الإسلام جاز له أن يتزوجها قبل زوج. قال عق: «ما لم يقصدا بردتهما التحليل، فإن قصداه لم تحل كما هو ظاهر فتوى ابن عرفة، قاله الشيخ أحمد بابا»[6] اهـ.

---

(١) الزمر ٦٥.
(٢) البقرة ٢١٧.
(٣) تبيين المسالك ١/ ١٥٨ـ ١٥٩.
(٤) حاشية ابن الحاج على شرح ميارة الصغير ١/ ١٢١.
(٥) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٦٨ـ ٦٩.
(٦) المرجع السابق.

ولا يبطل تحليلُ المبتوتة بردة المحلِّل، بخلاف ردة المرأة المحلَّلة فإنها تبطل تحليلها لمن طلقها ثلاثاً[1].

* * *

وَاسْتُتِيب ثَلَاثَةَ أيَّامٍ ، فَإنْ تَابَ وإلاَّ قُتِلَ، وَمَالُهُ فَيْءٌ وأُخِّرَتْ الْمُرْضِعُ لِوُجُودِ مُرْضِعٍ ، وَذَاتُ زَوْجٍ لِحَيْضَةٍ.

وَقُتِلَ الزِنْدِيقُ بِلَا اسْتِتَابَةٍ إلاَّ أنْ يَجيءَ تَائِباً، وَمَالُهُ لِوَارِثِهِ.

* * *

يستتاب المرتد ـ وجوباً ـ ثلاثة أيام بلياليها، وتبدأ من يوم الحكم عليه بالردة، لا من يوم الارتداد ـ بلا جوع ولا عطش، بل يطعم ويسقى، ولا يعاقب بضرب ونحوه، لعله يراجع نفسه فيها فيتوب، فإن تاب ترك، وإلا قتل كفراً بمجرد غروب شمس اليوم الثالث[2].

والأصل في إرجائه ثلاثة أيام أن الله أخر قوم صالح لهذا الأجل، قال تعالى: ﴿ تَمَتَّعُوا في دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أيَّامٍ ﴾[3].

والأصل في قتل المرتد حديث: «من غير دينه فاضربوا عنقه» أخرجه مالك بهذا اللفظ مرسلاً[4]. وأخرجه البخاري موصولاً من طريق ابن عباس بلفظ: «من بدل دينه فاقتلوه»[5]. وعن معاذ بن جبل في رجل أسلم ثم تهود ـ لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله، فأمر به فقتل. متفق عليه[6].

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٤٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٤٣٦- ٤٣٧.
(٣) هود ٦٥.
(٤) الموطأ ٢/ ٧٣٦.
(٥) صحيح البخاري ٦/ ٢٥٣٧.
(٦) بلوغ المرام ص ٢٥٥.

أما الدليل على استتابة المرتد غير الزنديق ونحوه ممن يقتل بـلا استتابة، فالأصل فيه ما في الموطإ: عـن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قال: «قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى الأشعري، فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر: هل كان فيكم من مغربة خبر؟ فقال: نعم؛ رجل كفر بعد إسلامه، قال: فما فعلتم به؟ قال: قربناه فضربنا عنقه. فقال عمر: أفلا حبستموه ثلاثاً واطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب، ويراجع أمر الله؟ ثم قال عمر: اللهم إني لم أحضر ولم آمر ولم أرض إذ بلغني»(١).

وبه قال الثلاثة، إلا أن الشافعي قال إن الاستتابة تكون في الحال في الأظهر. قال: وفي قول: ثلاثة أيام. ونحوه لأبي حنيفة. قال: يحبس المرتد ثلاثة أيام ندباً، وقيل: وجوباً إن طلب المهلة وإلا فندباً. ولا فرق عند مالك والشافعي وأحمد بين الرجل والمرأة، فكل منهما يقتل بعد الاستتابة إن لم يتب، لعموم الحديث الآنف الذكر: «من بدل دينه فاقتلوه». وقال أبو حنيفة: لا تقتل المرأة المرتدة، بل تحبس حتى تسلم أو تجبر على الإسلام(٢). لحديث: «لا تقتل المرأة إذا ارتدت». أخرجه الدارقطني عن ابن عباس مرفوعاً، عن طريق عبد الله بن عيسى الجزري عن عفان عن شعبة، وضعفه، قال: «وعبد الله هذا كذاب يضع الحديث على عفان وغيره، وهذا لا يصح عن النبي ﷺ، ولا رواه شعبة». نقله الزيلعي(٣).

ومال المقتول بالردة يجعل في بيت مال المسلمين. وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: ينتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين، وما اكتسبه في حال ردته يكون لبيت المال(٤).

---

(١) الموطأ ٢/ ٧٣٧.

(٢) اللباب ٤/ ١٤٩ ومغني المحتاج ٤/ ١٣٩- ١٤٠ والمغني ٨/ ١٢٣.

(٣) نصب الراية ٣/ ٤٥٦.

(٤) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٦٥- ٦٦ ومغني المحتاج ٤/ ١٣٩ والمغني ٨/ ١٢٨ والهداية ٢/ ١٦٥.

ومال المرتد الرقيق لسيده ملكاً لا إرثاً، فإن رجع للإسلام قبل قتله فماله له على الراجح[1].

ويؤخر قتل المرضع المرتدة بعد استتابتها إلى أن تجد مرضعاً يقبلها ولدها، وإلا أخر لتمام رضاعه، كما تؤخر المرتدة المتزوجة ولو رجعية حتى تحيض حيضة واحدة، إن كانت من ذوات الحيض، أما إن كانت ممن لا تحيض فتستبرأ بثلاثة أشهر، إن كانت ممن تحمل أو يتوقع حملها، وإلا قتلت بعد الاستتابة بثلاثة أيام، فإن لم يَكن لها زوج أو سيد لم تستبرأ إلا إذا ادعت حملاً واختلف أهل المعرفة أو شكوا فيه[2].

ويقتل الزنديق بلا استتابة، وهو من أسر بالكفر وأظهر الإسلام، وكان يسمى في عهد النبي ﷺ منافقاً، يقتل بعد الاطلاع عليه، ولا تطلب منه توبة، ولا تقبل منه، إلا أن يجيء تائباً قبل الاطلاع عليه، فتقبل توبته ولا يقتل[3].

والأصل في ذلك حديث: «من غير دينه فاضْـربوا عنقـه». وتقدم تخريجه. قال مالك في الموطإ: «ومعنى قول النبي ﷺ - فيما نرى والله أعلم: «مـن غير دينه فاضربوا عنقه» أنه من خرج من الإسلام إلى غيره، مثل الزنادقة وأشباههم، فإن أولئك إذا ظهر عليهم قتلوا، ولم يستتابوا، لأنه لا تعرف توبتهم، وأنهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الإسلام، فلا أرى أن يُستتاب هؤلاء، ولا يقبل منهم قولهم. وأما من خرج من الإسلام إلى غيره وأظهر ذلك، فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل»[4] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة في أحد قوليه، وأحمد في أصح روايتيه، وروايتهما

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٦٥- ٦٦.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٣٨- ٤٣٩.
(٤) الموطأ ٢/ ٧٣٦.

الأخرى أن توبة الزنديق تقبل مطلقاً، وهو المذهب عند الشافعي(١).

واحتج بقوله تعالى في المنافقين: ﴿ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَن سَبِيلِ اللهِ﴾(٢) قال: «وهذا يدل على أن إظهار الإيمان جنة من القتل»(٣) اهـ.

ومال الزنديق لوارثه المسلم إن مات قبل الاطلاع عليه ثم ثبتت زندقته، أو قتل بعد الاطلاع عليه وبعد توبته لعدم قبولها منه، فماله لوارثه المسلم أيضاً, أما لو اطلع عليه ولم يتب حتى قتل فإن ماله لبيت مال المسلمين(٤).

* * *

وإن سَبَّ نَبِيّاً أَوْ مَلَكاً أَوْ عرَّضَ أَوْ لَعَنَهُ أَوْ عَابَهُ أَوْ قَذَفَهُ أو اسْتَخَفَّ بِحَقِّهِ أَوْ أَلْحَقَ بِهِ نَقْصاً أَوْ غَضَّ مِنْهُ أَوْ أَضَافَ لَهُ مَالاً يَجُوزُ أَوْ نَسَبَ إِلَيْهِ مَا لاَ يَلِيقُ عَلَى طَرِيقِ الذَّمِّ قُتِلَ ولم يُسْتَتَبْ ولاَ يُعذرُ بِجَهْلٍ أو تهَوُّرٍ أو سُكْرٍ. وَسَبُّ اللهِ كذلِكَ.

* * *

إذا سب مكلف نبياً مجمعاً على نبوته أو ملكاً مجمعاً على ملكيته قتل بلا استتابة ولا قبول توبة، وكذلك إذا عرَّض بواحد منهما، كأن يقول عند ذكر أحدهما: ما أنا بزان ولا ساحر، أو لعنه أو عابه أي نسبه لعيب أو قذفه أو

---

(١) المبدع ٩/ ١٧٩ والمغني ٨/ ١٢٦ والمهذب ٢/ ٢٢٢-٢٢٣.
(٢) المنافقون ٢.
(٣) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ٢٤٨.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٠٦.

استخف بحقه، كأن يقول: لا أبالي بأمره ولا نهيه أو غير من وصفه كأسود[1].

وكذلك إذا ألحق به نقصاً وإن ببدنه كأعور أو أعرج أو غض من مرتبته العلية، أو غض من وفور علمه أو زهده، أو أضاف له ما لا يجوز عليه كعدم التبليغ، أو نسب إليه ما لا يليق بمنصبه، كما إذا نفى عنه الزهد، إن قال ذلك على طريق الذم[2].

وكيفية القتل المذكورة آنفاً فيها تفصيل، فإن كان قتله بعد التوبة أو إنكار ما شهد عليه به كان حداً. وإن لم يتب الساب أو لم ينكر ما شهد به عليه كان قتله كفراً لا حداً، هذا ما قاله عق وتبعه الدردير والدسوقي ومحمد عليش عليه[3].

وخالف الرهوني في هذا التفصيل قائلاً إن قتله يكون حداً على كل حال، سواء تاب وأنكر ما شهد به عليه أم لا، واستدل بكلام لابن مرزوق موافق لما ذكره[4].

وكلام الفقهاء الذي وقفنا عليه يوافق عق، ويخالف الرهوني، فقد ذكر عياض في الشفا التفصيل الذي ذكر عق من أنه إن أنكر ما شهد به عليه أو أظهر الإقلاع والتوبة أنه يقتل حداً لإقراره ـ بعد الكفر ـ بالتوحيد، وإنكاره ما شهد به عليه، وأنه إن لم يظهر التوبة واعترف بما شهد به عليه أنه يقتل كافراً بلا خلاف[5].

وتبعه في ذلك شراح الرسالة: النفراوي وزروق وابن ناجي[6].

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٠٩.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ٧٠ـ ٧١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) حاشية الرهوني ٨/ ٩٢ـ ٩٣.

(٥) شرح الشفا ٥/ ٣٠٥ـ ٣٠٧.

(٦) شرحا زروق وابن ناجي على الرسالة ٢/٢٥٢ ـ ٢٥٣ وشرح النفراوي ٢/٢٢٠ وشرح الشفا ٥/١٧٨.

ولا يعذر الساب بجهل، لأنه لا يعذر أحد في الكفر بالجهل، ولا يعذر بتهور، وهو كثرة الكلام بدون ضبط ولا يعذر بغيظ، ولا يقبل منه دعوى سبق اللسان، ولا دعوى سهو ولا نسيان(١).

قلت: ومحل هذا ما لم تقم قرينة على الغلط وإلا فيعذر بذلك.

والأصل في ذلك ما أخرجه مسلم عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لَلّه أشد فرحاً بتوبة عبده حين يتوب إليه، من أحدكم كان على راحلته بأرض فلاة فانفلتت منه وعليها طعامه وشرابه فأيس منها، فأتى شجرة فاضطجع في ظلها، قد أيس من راحلته، فبينا هو كذلك، إذا هو بها قائمة عنده، فأخذ بخطامها، ثم قال ـ من شدة الفرح: اللّهم أنت عبدي وأنا ربك، أخطأ من شدة الفرح»(٢).

قال عياض: «فيه أن ما قيل من مثل هذا لدهش أو لذهول غير مؤاخذ به، وكذلك حكايته عنه على طريق علم وفائدة شرعية، لا على وجه المحاكاة والهزء. كحكايته عليه الصلاة والسلام ذلك، ولو كان منكراً لم يحكه».

نقله الأبي(٣).

وهذا ما درج عليه العلامة سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم وعقده الشيخ محمد العاقب بن مايابى بقوله:

«وإن تقم قرينةٌ على الغَلطْ فالقولُ بارْتِدادِ غالطٍ غَلَطْ»(٤)

وقد نقل النسفي الإجماع على أن من أجرى كلمة الكفر على لسانه مخطئاً لا يحكم بكفره(٥).

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) صحيح مسلم ٤/ ٢١٠٤ - ٢١٠٥.

(٣) إكمال الإكمال ٧/ ١٥٤.

(٤) مرجع المشكلات ١٦٧.

(٥) مدارك التنزيل للنسفي ١/ ٢٢٧.

ولا يعذر الساب بسكر حرام، أما إن سكر بغير حرام فكالمجنون يعذر، وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا تصح ردة السكران الذاهب العقل مطلقاً(١).

والأصل في قتل ساب النبي ﷺ قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ ﴾(٢) قال القاضي عياض: «فمن لعنته في الدنيا: القتل، قال تعالى: ﴿ مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا ثُقِفُوا أُخِذُوا وَقُتِّلُوا تَقْتِيلاً ﴾(٣) وقال تعالى: ﴿ وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴾(٤).

قال: «قال أهل التفسير: كفرتم بقولكم في رسول الله ﷺ»(٥) اهـ. وقال ابن المنذر: «أجمع عوام أهل العلم على أن على من سب النبي ﷺ: القتل، وممن قال ذلك مالك، والليث بن سعد وأحمد وإسحاق، وهو مذهب الشافعي، وقد حُكي عن النعمان أنه قال: لا يقتل من سب النبي ﷺ من أهل الذمة، وما هم عليه من الشرك أعظم»(٦). قال: «ومما يحتج به في هذا الباب: قصة كعب بن الأشرف، وأن النبي ﷺ قال: «من لكعب بن الأشرف، فإنه قد آذى الله ورسوله» فانتدب له جماعة بإذن النبي ﷺ فقتلوه»(٧).

وهذا الحديث أخرجه البخاري مطولاً في كتاب المغازي؛ ومسلم في كتاب الجهاد والسير(٨). وقال القاضي عياض: «ولا نعلم خلافاً في استباحة

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٣٩ ومغني المحتاج ٤/ ١٣٧ والمبدع ٩/ ١٧٨ وبدائع الصنائع ٧/ ١٣٤.

(٢) الأحزاب- ٥٧.

(٣) الأحزاب ٦١.

(٤) التوبة ٦٦.

(٥) شرح الشفا لنور الدين القاري ٥/ ١٠٤- ١١٠.

(٦) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ٢٤٤.

(٧) المرجع السابق.

(٨) صحيح البخاري ٤/ ١٤٨١ وصحيح مسلم ٣/ ١٤٢٥.

دمه بين علماء الأمصار، وسلف الأمة، وقد ذكر غير واحد الإجماع على قتله وتكفيره»[١].

وسب الله كذلك، أي كسب النبي ﷺ، يقتل به المسلم والكافر إلا أن يسلم الكافر الأصلي الساب لله عز وجل أو لملائكته أو أنبيائه صلوات الله وسلامه عليهم، فلا يقتل، لأن الإسلام يجب ما قبله. أما الساب المسلم إذا ارتد بغير السب ثم أسلم فلا يسقط قتله. وهل يستتاب المسلم إن سب الله عز وجل؟ أو لا يستتاب كساب النبي ﷺ؟ والراجح أنه يستتاب فإن تاب تُرِك وإلا قتل[٢].

أما من سب من لم يجمع على نبوته، كالخضر ولقمان، ومريم بغير الزنى، فإنه لا يكفر ولا يقتل، ولكن يؤدب؛ فيشدد عليه بالضرب والسجن. ومثله من شهد عليه عدل واحد بسب من أجمع على نبوته أو ملكيته، وكذلك الشأن فيمن سب أصحاب رسول الله ﷺ، أو سب آله إن علم أنهم من ذريته ﷺ.

والأصل في ذلك قوله ﷺ «الله الله في أصحابي؛ لا تتخذوهم غرضاً، فمن أحبهم فبحبي أحبهم، ومن أبغضهم فببغضي أبغضهم، ومن آذاهم فقد آذاني، ومن آذاني فقد آذى الله، ومن آذى الله فيوشك أن يأخذه». أخرجه الترمذي وابن حبان في صحيحه، من حديث عبد الله بن مغفل مرفوعاً[٣].
وفي صحيح مسلم من حديث زيد بن أرقم مرفوعاً «وأهل بيتي، أذكركم الله في أهل بيتي، أذكركم الله في أهل بيتي». ثلاثاً[٤].

وقال القاضي عياض: «قال مالك رحمه الله من شتم النبي ﷺ قتل ومن شتم أصحابه أدب». قال: «وعنه ﷺ: «من سب أصحابي فاضربوه»[٥]

---

(١) شرح الشفا ٥/ ٨١.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٤٤٠.
(٣) الإصابة في تمييز الصحابة ١/ ١٠.
(٤) مختصر صحيح مسلم ص ٤٣٩.
(٥) شرح الشفا ٥/ ٥٢١- ٥٢٢.

قال نور الدين القاري: «روى الطبراني عن علي كرم الله تعالى وجهه: من سب الأنبياء قتل، ومن سب أصحابي جلد، أي ضرب»(١).

ويؤدب من انتسب لرسول الله ﷺ بغير حق بأن لم يكن من ذريته، لقول مالك: «من ادعى الشرف كاذباً ضرب ضرباً وجيعاً، ثم شهر، ويحبس مدة طويلة حتى تظهر لنا توبته» لأن ذلك استخفاف بحقه ﷺ». نقله الصاوي(٢).

---

(١) المرجع السابق.
(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٤٤٤.

بَابٌ في حدِّ الزِّنَى وَأَحْكَامِهِ

الزِّنَا وَطْءُ مكَلَّفٍ مُسْلِمٍ فَرْجَ آدَمِيٍّ مُطِيقٍ لَا مُلْكَ لَهُ فِيهِ وَلَا شُبْهَةَ، وَإِنْ دُبُراً، أَوْ إِتْيانُ مُسْتَاجَرةٍ أَوْ مُحَرَّمَةٍ بِصِهْرٍ مؤَبَّدٍ، أَوْ مَمْلوكَةٍ تعتق عَلَيْهِ، أَوْ مَبْتُوتَةٍ أَوْ خَامِسَةٍ، أَوْ مطلقةٍ قَبْلَ الْبِنَاء بلا عَقْدٍ.

* * *

الزنى الذي يوجب الحد هو وطء مسلم مكلف، أي مغيب حشفته في فرج آدمي مطيق للوطء عادة ـ لا تسلط للواطىء عليه شرعاً، بلا شبهة، فخرج وطء الصبي والمجنون والكافر، فلا يحد صبي ولا مجنون ولا كافر، إذ وطؤهم لا يسمى زنىً شرعاً[1].

وبه قال الشافعي وأحمد إلا أنهما قالا: يقام الحد على الذمي دون المستأمن، وقال أبو حنيفة: يقام عليهما حد الجلد لا الرجم[2]. وخرج النكاح المختلف فيه، ووطء الزوجة في دبرها، ووطء الأمة المشتركة. فلا يسمى ذلك زِنىً كما سيأتي.

وسواء كان وطء الأجنبية التي لا تسلط عليها ـ في قبلها أو دبرها، فكل ذلك يسمى زنى، أما وطء الذكر للذكر في دبره فيسمى لواطاً مع أنه يطلق عليه اسم الزنى شرعاً، وسيأتي حكم ذلك[3].

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٣١٣ـ ٣١٥.
(٢) مغني المحتاج ١٤٧/٤ وكشاف القناع ٨٩/٦ ـ ٩٢ وحاشية ابن عابدين ٥/٤ ـ ١٦.
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣١٣/٤ ـ ٣١٥.

ولا بد أن يكون الوطء متعمداً، فخرج وطء الغالط، كمن قصد زوجته فوقع على غيرها غلطاً، وخرج الناسي كمن نسي طلاق زوجته البائن فوطئها.

ووطء الحرة أو الأمة المستأجرة يعتبر زنىً بخلاف وطء الأمة المستأجرة من سيدها للوطء، فلا يعتبر زنىً نظراً لقول عطاء رحمه الله.

وكوطء محرمة بصهر مؤبد بنكاح كمن تزوج امرأة بعد العقد على ابنتها ولو لم يدخل بها. أو وطىء بعقد من كانت زوجة لأبيه أو ابنه فيجد ومن باب أولى وطء المحرمة بنسب أو رضاع بنكاح، لأنهما لا يكونان إلا مؤبدين. وكوطء خامسة علم بتحريمها أو وطء مبتوتة ولو في عدتها، ووطء مطلقته قبل البناء بلا عقد عليها، كل ذلك يعتبر زنىً[1].

والزنى فاحشة كبيرة قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّه كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً ﴾[2] وقال عز وجل: ﴿ وَالذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلهاً آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ التي حَرَّمَ اللَّهُ إلا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً يُضَاعَفْ لَهُ العَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَاناً ﴾[3].

وفي الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشرب وهو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن، ولا ينتهب نهبة يرفع الناس إليه أبصارهم حين ينتهبها وهو مؤمن»[4]. ونقل ابن المنذر الإجماع على تحريمه. قال: «وأجمع أهل العلم على تحريم الزنى»[5].

* * *

لَا إِنْ وَطِىءَ مُعتَدةً مِنْهُ غَيرَ بَائِنٍ أو مُحَرَّمَةً لِعَارِضٍ أَوْ غَيرَ مُطِيقَةٍ، أو حَلِيلَةً في دُبُرِهَا، أَوْ أُخْتاً عَلَى أُخْتٍ أَو بَهِيمَةً، أَوْ

(١) المرجع السابق والشرح الصغير ٤/٤٤٨.
(٢) الإسراء ٣٢. (٣) الفرقان ٦٨ - ٦٩.
(٤) زاد المسلم ٥/ ٣٨٤ - ٣٨٧. (٥) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ٥.

مُسَاحَقَةً أوْ مُشْتَرَكَةً أوْ محَلَّلَةً وَقُوِّمَتْ عَلَيْهِ وإنْ أَبَيَا فَلاَ يُحَدُّ مَنْ فَعَلَ ذَلِك بَلْ يُؤَدَّبُ.

* * *

لا يكون زانياً - مَن وطىء امرأة في عدتها من طلاقه الرجعي ولو لم ينو بالوطء ارتجاعها، فلا يُحد إن لم ينو ارتجاعها بل يؤدب، أما إن نوى بالوطء الارتجاع فلا أدب عليه ولا إثم، لأن الارتجاع يقع بالوطء ومقدماته، إن نوى بذلك الارتجاع، كما تقدم في باب الرجعة(١).

ولا يكون زانياً مَن وطىء زوجة محرماً عليه وطؤها لعارض، كحيض ونفاس، أو وطىء غير مطيقة كبنت أربع سنين وإن أجنبية، أو وطىء زوجته أو سريته في دبرها، أو وطىء أختاً تزوجها على أختها، وغيرها من محرمات الجمع كالخالة والعمة. أو وطىء أمة مشتركة بينه وبين غيره، أو أمة محللة عليه بأن وطئها بإذن سيدها، وتقُوَّم الأمة المحللة على الواطىء وإن أبى سيدها أو أبيا معاً حملت أو لم تحمل(٢). ففي هذه المسائل كلها لا يقع الحد وإنما يقع الأدب باجتهاد الحاكم(٣).

ولا حد في مساحقة، لأنها لا إيلاج فيها. وإنما فيها الأدب، وهي فعل شرار النساء بعضهن ببعض، ولا حد في وطء بهيمة، وإنما في ذلك الأدب، وهي كغيرها من البهائم في الذبح والأكل حيث كانت مباحة، فلا تقتل ويشرب لبنها ويؤكل لحمها إن كانت من النِعم(٤).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الأصح عنده، وقال أحمد: يؤدب واطئها وتقتل البهيمة(٥).

(١) تبيين المسالك ٣/ ١٥٦.

(٢) الموطأ ٢/ ٨٣٠ والشرح الصغير ٤/٤٥٢.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٥٠- ٤٥٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الهداية ٢/ ١٠٢ ومغني المحتاج ٤/ ١٤٥- ١٤٦ والمغني ٨/١٨٩.

واستدل بحديث: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة». رواه أحمد وأصحاب السنن عن ابن عباس مرفوعاً من طريق عمرو بن أبي عمرو، وفي إسناده كلام، قاله الحافظ. قال: «وقال أبو داود: وفي رواية عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس: ليس على الذي يأتي البهيمة حد، فهذا يضعف حديث عمرو بن أبي عمرو، وقال الترمذي: حديث عاصم أصح»[1] اهـ.

وعليه فإن حديث قتل البهيمة وواطئها لم يصح، وهذا ما جعل جمهور الأئمة يعدلون عنه، والله أعلم.

ولا حد ولا أدب على مكرَهة لنفي التعمد، أما المكرَه (بالفتح) فالمشهور أنه يحد، ويدفع الصداق للمكرَهة، ثم يرجع به على المكرِه (بالكسر). والمختار عند اللخمي عدم حده، وأدبُه، قال العدوي: وهو الأظهر في النظر: نقله الدسوقي[2].

* * *

وثبت بإِقْرَارِهِ إن لَّم يَرْجِعْ، وَبِالْبَيِّنَةِ، وبِحَمْلِ غَيْرِ مُتَزَوِّجَةٍ، وَلا يُقبَل دَعْوَاهَا الْغَصْبَ بِلاَ قَرِينَةٍ، فَيُرْجَمُ الْمُحْصَن حتَّى يَمُوتَ واللاَّئِطُ مُطْلَقاً ويُجْلَدُ البِكْرُ مائَةً وتَشَطَّر بِالرِّقِّ، ويُغَرَّبُ الْحُرُّ فَيُسْجَنُ عَاماً.

* * *

يثبت الزنى بإقرار الزاني أو الزانية به، ولا يشترط أن يقربه أربع مرات[3]. لما في الموطإ والصحيحين من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «وأمر

(١) تلخيص الحبير ٤/ ٥٥.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٣١٨.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٨٠ ـ ٨١.

أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها»[1]، ففيه دليل على أن من اعترف مرة-واحدة بالزنى، يحد إذا لم يرجع عن اعترافه.

وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يثبت الزنى بالإقرار مرة واحدة، بل لا بد من أربع مرات[2].

واستدلا بحديث آخر لأبي هريرة عند الشيخين مرفوعاً. وفيه: «أن رجلاً من المسلمين أتى رسول الله ﷺ فقال: «يا رسول الله: إني زنيت، فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله: إني زنيت، فأعرض عنه، حتى ثنى ذلك عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله فقال: «أبك جنون؟» قال: لا» فأمر به فرُجم[3].

ومحل ثبوت الزنى بالإقرار إذا لم يرجع المقر أو يهرب، فإن رجع عن الإقرار أو هرب ـ ولو في أثناء الحد ـ سقط عنه الحد[4].

ففي الموطإ: «قال مالك في الذي يعترف على نفسه بالزنى ثم يرجع عن ذلك، ويقول: لم أفعل، وإنما كان ذلك مني على وجه كذا وكذا لشيء يذكره، إن ذلك يقبل منه، ولا يقام عليه الحد، وذلك أن الحد الذي هو لله لا يؤخذ إلا بأحد وجهين، إما ببينة عادلة تثبت على صاحبها، وإما باعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد»[5] اهـ.

والأصل في ذلك ما جاء في حديث أبي هريرة أن ماعز الأسلمي رجم بالحجارة فلما وجد مس الحجارة فر يشتد، حتى مر برجل معه لحي جمل فضربه، وضربه الناس حتى مات، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «هلا

---

(١) الموطأ ٢/ ٨٢٢ وبلوغ المرام ص ٢٥٥ـ ٢٥٦.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٥٠ واللباب ٣/ ١٨٢ والمبدع ٩/ ٧٤.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٥٦ـ ٢٥٧.
(٤) مختصر خليل ص ١١٦.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٢٦.

تركتموه». رواه أحمد وابن ماجه والترمذي، وقال: حسن. قاله في منتقى الأخبار.

قال الشوكاني: «ورجال إسناده ثقات». قال: «واستدل به على أنه يقبل من المقِر الرجوع عن الإقرار، ويسقط عنه الحد»[1] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[2].

ويثبت الزنى بالبينة العادلة: أربعة شهداء ذكور عدول، يرونه كالمِرود في المكحلة[3]. وتقدم تفصيل ذلك ودليله من الكتاب والسنة والإجماع ـ في كتاب الشهادات[4].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[5].

ويثبت الزنا عندنا بظهور حمل غير متزوجة أصلاً، أو متزوجة وأتت بولد كامل لدون ستة أشهر من دخول زوجها بها، وبحمل أمة لم يقر سيدها بوطئها. ولا يقبل دعوى من ظهر بها حمل أنها مغتصبة إلا ببينة أو قرينة، فإن لم تكن لها قرينة ثبت عليها الزنى.

والأصل في ذلك حديث عمر الآتي عند الصحيحين وعمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها فتقول: قد استكرهتُ أو تقول: تزوجت ـ أن ذلك لا يقبل منها، وأنها يقام عليها الحد إلا أن يكون لها على ما ادعت من النكاح بينة، أوعلى أنها استُكرِهت أو جاءت تدمى إن كانت بكراً، أو استغاثت حتى اتيت وهي على ذلك الحال، أوما أشبه هذا من الأمر الذي تبلغ فيه فضيحة نفسها. قال: فإن

(١) نيل الأوطار ٧/ ٢٦٨ـ ٢٧٠.
(٢) اللباب ٣/ ١٨٥ ومغني المحتاج ٤/ ١٥٠ والمغني ٨/ ١٩٧.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/٣١٩.
(٤) تبيين المسالك ٤/٣٦٤ ـ ٣٦٥.
(٥) اللباب ٣/١٨١ ومغني المحتاج ٤/١٤٩ والمبدع ٩/٧٦.

لم تأت بشيء من هذا أقيم عليها الحد، ولم يقبل منها ما ادعت من ذلك»[1].

أما حد الزاني المحصن. فالرجم ذكراً كان أو أنثى؛ فيرجم بحجارة معتدلة بين الصغر والكبر حسبما يُطيق الرامي، فيُرمى بها الزاني في الظهر والبطن حتى يموت، ويُتّقى الوجه والفرج.

والمحصن من الرجال والنساء، هو المسلم الحر المكلف الذي وطىء زوجه وطئاً مباحاً بنكاح لازم مع انتشار بلا نكرة، ولا بد أن يكون الواطىء بالغاً والموطوءة مطيقة، فالبالغ إذا وطىء زوجة غير مطيقة لم يتحصن، كما أن البالغة لا تتحصن إذا وطئها زوجها الصبي.

وأما حد الزاني البكر فمائة جلدة إذا كان حراً أو حرة، ويجلد الرقيق نصفها خمسين جلدة، ويغرب الحر الذكر مع الجلد لمسافة القصر فأعلى، ليحصل له الإيحاش عن الأهل والوطن. ويسجن في البلد المُغرب فيه سنة، ولا تغرب الأنثى ولو مع محرم على المعتمد. ويتولى الإمام أو نائبه تنفيذ الحد[2].

وبه قال الثلاثة إلا أن أبا حنيفة لا يرى الجمع بين الجلد والتغريب للبكر فيكفي عنده الجلد وحده، ولأحمد رواية في الجمع بين الرجم والجلد للمحصن، ـ وبها صدر الخرقي ـ وروايته الأخرى أنه يرجم ولا يجلد، كما أن الشافعي وأحمد قالا بتغريب المرأة مع محرم إن وجد، ولو بأجرة من مالها[3].

ويرجم اللائط والملوط به مطلقاً حتى يموتا، سواء أحصنا أو لم

---

(١) الموطأ ٢/٨٢٧ ـ ٨٢٨.

(٢) شرح الزرقاني لخليل ٨/٨٢ ـ ٨٣.

(٣) المغني ٨/١٦٠ ـ ١٦٩ ومغني المحتاج ٤/١٤٦ ـ ١٤٨ والهداية ٢/٩٩.

يحصنا، بشرط التكليف فيهما، ويزاد للائط إطاقة من لاط به، ويزاد للملوط به بلوغ اللائط به[1].

وبه قال أحمد في إحدى روايتيه ـ وبها صدر الخرقي ـ وروايته الأخرى: أن اللواط كالزنى؛ يرجم به المحصن ويجلد البكر ويغرب حسبما تقدم في الزنى[2]. وهو المذهب عند الشافعي. قال في مغني المحتاج: «ودبر ذكر ودبر أنثى أجنبية كقبل للأنثى فيجب بالإيلاج في كل من الدبرين المسمى باللواط ـ الحد على المذهب فيرجم المحصن، ويجلد غيره ويغرب»[3].

وقال أبو حنيفة: لا حد في اللواط، ولا في وطء أجنبية في دبرها، وإنما يعزر الفاعل والمفعول به، وقال صاحباه: هو كالزنى[4].

والأصل في حد الزنى قوله تعالى: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُم تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[5].

وأخرج مالك والشيخان ـ واللفظ لمالك من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله: اقض بيننا بكتاب الله، وقال الآخر وهو أفقههما: أجل يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلم، قال: «تكلم، فقال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته فأخبرني أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي، ثم إني سألت أهل العلم، فأخبروني: أن ما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأخبروني أنما الرجم على امرأته: فقال رسول

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٨٢.
(٢) المغني ٨/ ١٨٧.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ١٤٤.
(٤) الهداية ٢/ ١٠٢.
(٥) النور ٢.

الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، أما غنمك وجاريتك فرد عليك». وجلد ابنه مائة وغربه عاماً، وأمر أنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها»(١).

وفي الموطإ والصحيحين ـ واللفظ لهما ـ أن عمر بن الخطاب خطب، ومما جاء في خطبته: «إن الرجم حق في كتاب الله تعالى، على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء، إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف». وجاء في الخطبة: «فرجم النبي ﷺ ورجمنا»(٢).

ففي الآية على العموم دليل على جلد الزاني والزانية مائة جلدة، وفي الحديثين حد كل من البكر والمحصن بالتفصيل، وهو جلد البكر مائة وتغريبه سنة، ورجم المحصن حتى يموت.

وفي الحديث الأخير حجة لمالك أن حمل غير المتزوجة يثبت به زناها. خلافاً لأبي حنيفة والشافعي وأحمد فقد قالوا: لا يثبت الزنى بحمل مَن لا زوج لها ولا سيد، بل تسأل: فإن ادعت أنها أكرهت أو وطئت بشبهة ولم تعترف بالزنى لم تحد. قاله في المغني(٣).

واستدلوا بحديث: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم» أخرجه الترمذي والحاكم من حديث عائشة، وهو ضعيف قاله الحافظ، قال: ورواه البيهقي عن علي من قوله، بلفظ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»(٤).

أما جريمة اللائط والملوط به فالأصل فيها قوله تعالى: ﴿ وَلُوطاً إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ العالَمِينَ إِنَّكُم لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِن دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ ﴾(٥).

---

(١) الموطأ ٢/٨٢٢ وبلوغ المرام ص ٢٥٥ ـ ٢٥٦.
(٢) المرجعان السابقان على التوالي ٢/ ٨٢٣ـ ٨٢٤ وص ٢٥٧.
(٣) المغني ٨/ ٢١٠.
(٤) بلوغ المرام ص ٢٥٩ـ ٢٦٠.
(٥) الأعراف ٨٠ـ ٨١.

أما حد هذه الجريمة فالأصل فيه حديث: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به». أخرجه أحمد والأربعة من حديث ابن عباس مرفوعاً. قاله الحافظ قال: «ورجاله موثقون، إلا أن فيه اختلافاً»(١).

وأخرج البيهقي عن الشافعي أن سعيد بن المسيب قال: «السُنة أن يرجم اللوطي أحصن أو لم يحصن»(٢).

تنبيـــه: يجوز للسيد إقامة حد الزنى والخمر والقذف لا السرقة ـ على رقيقه الذكر والأنثى وذلك بشرطين: أحدهما أن لا يكون الرقيق متزوجاً بغير ملك سيده، والثاني أن لا يكون موجب الحد ثابتاً بعلمه وحده(٣).

والأصل في ذلك ما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب، ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب، ثم إن زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر»(٤). وعن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم». رواه أبو داود، وهو في مسلم موقوف(٥).

وبه قال الشافعي وأحمد، قالاه في المنهاج والمغني(٦). وقال أبو حنيفة: ليس للسيد إقامة الحد على رقيقه، لأن الحدود إلى السلطان، ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر، لا يملكه على العبد كالصبي. قالاه في المغني والإشراف(٧).

تنبيـــه: من المعلوم أن حد الرقيق إنما هو بالجلد، إذ الرقيق لا يكون محصناً، لأن الحرية شرط في الإحصان كما تقدم.

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٥٩.
(٢) السنن الكبرى ٨/ ٢٣٢.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٤٥٨.
(٤) زاد المسلم ١/ ٣١.
(٥) بلوغ المرام ص ٢٥٨.
(٦) مغني المحتاج ٤/ ١٥٢ والمغني ٨/ ١٧٦ـ ١٧٧.
(٧) المرجع السابق. والإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ٤٩ـ ٥٠.

بَابٌ فِي الْقَذْفِ

الْقَذْفُ: رَمْيُ مُكَلَّفٍ - حُرّاً مُسْلِماً بِنَفْيِ نَسَبٍ عَنْ أَبٍ أَوْ جَدٍّ، أو بِزِنىً - إِنْ كُلِّفَ وَعَفَّ ذَا آلَةٍ وَأَطَاقَتِ الْوَطْءَ، بِمَا يَدُلُّ عُرْفاً، وَلَوْ تَعْرِيضاً، فَيُجْلَدُ ثَمَانِينَ وَالرَّقِيقُ نِصْفَهَا.

* * *

القذف - ويسمى الرمي والفرية والبهتان - وهو أن يرمي مكلف ولو كافراً أو سكران بحرام - حراً مسلماً بنفي نسب عن أب دنية، أو جد، وإن علا، لا نفيه عن أم، لأن الأمومة محققة، ولا إن رمى منبوذاً وجد مطروحاً، فلم يُدر له أب، بشرط أن يكون المقذوف بالزنى مكلفاً أي عاقلاً بالغاً - زيادة على شرطي الحرية والإسلام، وأن يكون عفيفاً عن الزنا قبل القذف، وبعده لوقت أقامة الحد على القاذف. ويشترط أن يكون المقذوف متلبساً بآلة الزنا؛ لا مقطوع الذكر ولا مجبوباً فمن قذفهما لا حد عليه، وأن تكون المقذوفة مطيقة للوطء، والذكر المفعول به مطيقاً[1].

والقذف يكون بما يدُل على الزنا عرفاً صراحة كأن يقول له: زنيت أو لا أب لك، أو لست ابن فلان وإن علا، أو تعريضاً كأن يقول القاذف: أنا

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٦١- ٤٦٥.

معروف النسب، أو لست بزان أو أنا عفيف الفرج، فكل ذلك يعتبر قذفاً.

فيجلد القاذف ثمانين جلدة إن كان حراً، وإن كان رقيقاً يجلد نصفها[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الذِينَ تَابُوا مِنَ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2] وعن عائشة رضي الله عنها قالت: لما نزل عذري قام رسول الله ﷺ على المنبر، فذكر ذلك، وتلا القرآن، فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا الحد». أخرجه أحمد والأربعة، وأشار إليه البخاري. قاله في بلوغ المرام[3].

أما جلد الرقيق نصف الثمانين فالأصل فيه ما في الموطإ وغيره. عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، قال: «أدركت عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان، والخلفاء، هلم جراً، فما رأيت أحداً جلد عبداً في فرية أكثر من أربعين»[4].

أما التعريض فالأصل في أنه قذف ما في الموطإ: «عن عمرة بنت عبد الرحمن أن رجلين استبا في زمان عمر بن الخطاب فقال أحدهما للآخر: والله ما أبي بزان ولا أمّي بزانية، فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب، فقال قائل: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا، نرى أن تجلده الحد، فجلده عمر الحد ثمانين»[5]. وأخرجه أيضاً البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٥٢.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) النور ٤.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٦٠.
(٤) الموطأ ٢/ ٨٢٨.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٢٩ - ٨٣٠.

واتفق الثلاثة مع مالك على أن الحر العاقل البالغ المسلم إذا قذف طائعاً ـ حراً مسلماً بالغاً عفيفاً ذكراً كان أو أنثى بصريح الزنا أو نفى النسب ـ أنه يجلد ثمانين جلدة إن كان حراً وأن الرقيق يجلد نصفها[1].

ونقل ابن المنذر إجماع العلماء على ذلك[2].

أما التعريض بالقذف فقال الشافعي وأبو حنيفة إنه لا حد فيه. وبه قال أحمد في إحدى روايتيه ـ وبها صدر في المغنى ـ وروايته الأخرى توافق مالكاً في أن فيه الحد[3]. لأثر عمر المتقدم. «واستدل من قال بعدم الحد في التعريض بالقذف بحديث البراء المتقدم عند البيهقي: «من عرض عرَّضنا له، ومن حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه». وتقدم تفسيره[4].

واتفق الشافعي وأبو حنيفة مع مالك على عدم الحد على قاذف المجبوب، وقال أحمد: عليه الحد. قاله في المغني[5].

تنبيـه: لا يتكرر الجلد بتكرر القذف، إلا إذا كرره بعد الحد فإنه يعاد، ولا يتعدد الحد بتعدد المقذوف كأن يقذف جماعة بكلمة واحدة أو كلمات، فيكفي حد واحد. لما في الموطإ: «عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل قذف قوماً جماعة، أنه ليس عليه إلا حد واحد، قال مالك: وإن تفرقوا فليس عليه إلا حد واحد»[6] اهـ.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٤٠ـ ٤٢ ومغني المحتاج ٣/ ٣٦٧ـ ٣٧١ و٤/ ١٥٦ والمغني ٨/ ٢١٥.

(٢) الإشراف على مذاهب أهل العلم ٢/ ٦١ـ ٦٢.

(٣) المغني ٨/ ٢٢٢ ومغني المحتاج ٣/ ٣٦٩.

(٤) تبيين المسالك ٤/٤٣٠.

(٥) المغني ٨/ ٢١٦.

(٦) الموطأ ٢/ ٨٢٩.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد - في إحدى روايتيه - وبها صدر في المغني - وروايته الأخرى: أن لكل واحد حداً كاملاً، وللشافعي قولان كروايتي أحمد، ويلاحظ أن الأصح عنده أن لكل واحد حداً كاملاً[1].

ولا يحد من نسب جنساً من البشر لغيره، ولو كان جنساً أبيض ونسبه لأسود، كقوله لرومي يا زنجي، إلا العربي فإن من نسبه لغير العرب يُحد، وكذلك لو نسبه لقبيلة من العرب غير قبيلته، لأن العرب أنسابهم محفوظة[2]. وللعرف دخلٌ كبير في ذلك كما سيأتي.

ولا يحد من قال لغيره: مالك أصل ولا فصل، إلا لقرينة نفي النسب، وكذا في كل ما لا حد فيه، قاله الدردير. ونقل عن القرافي: أن ضابط هذا الباب الاشتهارات العُرفية والقرائن الحالية. قال: ويختلف ذلك باختلاف الأعصار والأمصار[3].

* * *

وَأُدِّبَ في فَاجِرٍ وَحِمَارٍ وَابْنِ الْحِمَارِ، أَوْ ابْنِ الْكَلْبِ، وَأَنا عَفِيفٌ، وَإِنْ قَالَ لِامْرَأةٍ: زَنَيْتِ، فَقَالَتْ: بِكَ، حُدَّتْ لِلْقَذْفِ وَالزِّنَا. وَلَهُ القِيَامُ بِهِ وإنْ عَلِمَهُ مِنْ نَفْسِهِ كَوَارِثِهِ. وَلَهُ الْعَفْوُ إنْ لَمْ يَطَّلِعِ الْإمَامُ إلَّا أنْ يُرِيدَ السَّتْرَ.

* * *

(1) المغني ٨/ ٢٣٣- ٢٣٤ والإشراف على مذهب أهل العلم ٢/ ٧١- ٧٢.
(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/٣٢٩.
(3) المرجع السابق.

يؤدب من قال لمسلم: يا فاجر أو يا فاسق إلا لقرينة إرادة الزنا فيحد، ومثل ذلك: أن يقول: يا كافر أو يا يهودي. ويؤدب من قال لمسلم: يا حمار، أو يابن الحمار، أو ابن الكلب، أو أنا عفيف أو ما أنت بعفيف، بدون إضافة لفظ عفيف للفرج[1].

وذكر خليل أن من قال لمسلم: يابن النصراني أو اليهودي أنه يحد إن لم يكن في آبائه نصراني أو يهودي، وإلا لم يحد. قال الدردير في الشرح الكبير: «والعرف الآن على خلافه، لأن القصد التشديد في الشتم»[2].

واقتصر في أقرب المسالك على أنه يؤدب فقط[3].

وإن قال لامرأة ليست زوجته: زنيتِ، فقالت ـ جواباً له: بك. أي بك زنيت، حدت للقذف وللزنا معاً، ما لم ترجع عن تصديقها له، لأن الرجوع عن الإقرار بالزنا يسقط الحد. كما تقدم[4].

وللمقذوف القيام بحد قاذفه وإن علم من نفسه صدق ما رماه به، فله حده، لأنه أفسد عرضه، وليس للقاذف أن يُحلِّف المقذوف أنه ليس بزان، لأن عليه أن يستر نفسه، لحديث: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله». أخرجه مالك في الموطإ عن زيد بن أسلم مرسلاً، وأخرج الحاكم نحوه موصولاً عن ابن عمر وزاد: «وليتب إلى الله»[5].

وللوارث القيام بحق مورثه المقذوف، فله أن يطلب حد قاذفه، لأن المعرة تلحق الوارث بقذف الموروث[6].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٦٦.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٣٠.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٦٦.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٢٥ـ ٨٢٦ والمستدرك ٤/ ٣٨٣.
(٦) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٣١.

وبه قال الشافعي، خلافاً لأبي حنيفة، وقال أحمد: يسقط الحد إن مات المقذوف قبل المطالبة بالحد وإلا فلا[1].

وللمقذوف العفو عن قاذفه قبل إطلاع الإمام أو نائبه على الأمر وإلا فلا، إلا أن يريد بعفوه الستر على نفسه كأن يخشى كثرة اللغط فيه، فيساء به الظن، لأن المثل يقول: من يسمع يخل. فعندئذ يجوز له العفو مطلقاً؛ قبل بلوغ الإمام وبعده[2].

وقال الشافعي: يسقط حد القذف بالعفو مطلقاً، بلغ الإمام أم لا، وقال أبو حنيفة: لا يسقط بالعفو مطلقاً.

ولأحمد روايتان: إحداهما توافق الشافعي، وشهرها في المبدع، والأخرى توافق أبا حنيفة[3].

قال ابن رشد (الحفيد) «والسبب في اختلافهم: هل هو حق لله أو حق للآدميين، أو حق لكليهما، فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنى، ومن قال حق للآدميين أجاز العفو، ومن قال لكليهما وغلب حق الإمام إذا وصل إليه، قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل». ثم قال: «واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته مالم يتب، واختلفوا إذا تاب فقال مالك: تجوز شهادته وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا تجوز شهادته أبداً»[4].

وقال أحمد بما قال مالك والشافعي من قبول شهادة التائب من القذف. قال الخرقي: «وإذا تاب القاذف قبلت شهادته» قال: «وتوبته أن يكذب نفسه»[5].

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٣٧٢- ٣٧٣ والهداية ٢/ ١١٣ والمبدع ٩/ ٩٧.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٣١.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٣٧٢ وبداية المجتهد ٢/ ٤٤٢ والمبدع ٩/ ٨٤.

(٤) بداية المجتهد ٢/ ٤٤٣.

(٥) المغني ٩/ ١٩٧- ١٩٩.

بابٌ في عُقوبَةِ السَّرِقَةِ

السَّرِقَةُ أخْذُ مَالٍ مُحْتَرَمٍ نِصَابٍ، مِنْ حِرْزٍ خُفْيَةً، أو حر لا يميز فَتُقْطَعُ الْيُمْنَى، وَتُحْسَمُ بِالنَّارِ إلَّا لِشَلَلٍ، فَرِجْلُه اليُسْرَى، فَيَدُه، فَرِجْلَهُ.

* * *

السرقة التي يلزم فيها القطع ـ أخذ مكلف خفية مالاً محترماً، يبلغ نصاب السرقة، ونصابها: ربع دينار شرعي أو ثلاثة دراهم شرعية، أو ما يساويها من عرض أو غيره، بشرط أن يكون النصاب المحترم مأخوذاً من حرز غير مأذون فيه، أو يكون المأخوذ حراً لا يُميز لصغر أو جنون، فيُخْرَج من بيته أو من كبير حافظ له، سواء كان ذكراً أو أنثى(١). لما أخرجه عبد الرزاق عن الحسن قال: «من سرق صغيراً حراً أو عبداً ففيه القطع»(٢).

وقال الثلاثة: لا قطع على من سرق حراً صغيراً كان أو كبيراً(٣).

وحد السارق: قطع يده اليمنى من الكوع وحسمها أي كيها بالنار توقيفاً

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٩٢ـ ٩٤.
(٢) المصنف ١٠/١٩٥.
(٣) الهداية ٢/ ١٢١ والمهذب ٢/ ٢٨١ والمغني ٨/ ٢٤٤.

لنزيف الدم، أو توقيفه بوسيلة طبية أخرى، لأن الغرض من الكي طبي لا غير، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، وإن سرق ثالثاً قطعت يده اليسرى، وإن سرق رابعاً قطعت رجله اليمنى(١).

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأحمد: إن سرق قطعت يده اليمنى، وإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، ثم إن سرق بعد ذلك لا يقطع، وإنما يحبس، قال أبو حنيفة: يخلد في السجن(٢).

وإن كانت يده اليمنى شلاء قبل السرقة الأولى أو ناقصة أكثر الأصابع أو مقطوعة بسماوي أو قصاص سابق. قطعت رجله اليسرى فيده اليسرى فرجله اليمنى(٣).

والأصل في حد السرقة قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَآءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾(٤).

أما نصاب السرقة فالأصل فيه ما أخرجه الشيخان واللفظ لمسلم: «عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لا تقطع يد سارق إلا في ربع دينار فصاعداً». وأخرج مالك نحوه(٥).

وأخرج مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ قطع في مِجنٍّ ثمنه ثلاثة دراهم»(٦).

ومذهبنا ـ كما تقدم ـ أن المسروق إن كان ذهباً فإن النصاب ربع دينار، وإن كان فضة فثلاثة دراهم، أما إن كان من غير النقدين المذكورَيْن، فإن

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٦٩ـ ٤٧٢.
(٢) الهداية ٢/ ١٢٦ والمغني ٨/ ٢٥٩ـ ٢٦٤.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٧١.
(٤) المائدة ٣٨.
(٥) بلوغ المرام ص ٢٦١ والموطأ ٢/٨٣١.
(٦) المرجعان السابقان.

النصابُ قيمة ثلاثة دراهم من الحيوان أو العروض، أو الطعام، ولو لم تساو قيمة الدراهم الثلاثة قيمة ربع دينار(١).

وبه قال أحمد، وقال الشافعي: نصاب السرقة: ربع دينار أو ما يساويه من الدراهم أو غيرها، وقال أبو حنيفة: إنه عشرة دراهم أو ما يساويها مضروبة. واستدل بأثر عمرو بن شعيب: «لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم»(٢) وبأثر ابن مسعود: قال: «لا تقطع اليد إلا في الدينار أو عشرة دراهم» أخرجهما الطحاوي(٣).

* * *

لَا قَطْعَ لغَيْرِ مُكَلَّفٍ وَلَا في أَقَلَّ مِنْ نِصَابٍ، وَلَا في غَيْرِ مُحْتَرَمٍ كَخَمْرٍ، وَلَا في كَلْبٍ مُطْلَقاً، كَأُضْحِيَةٍ ذُبِحَتْ، وَلَا إِنْ قَوِيَتْ الشُّبْهَةُ كَوَالِدٍ وَجَدٌّ وإِنْ لِأُمٍ، بِخِلَافِ بَيْتِ الْمَالِ، وَمَالِ الشِّرْكَةِ إِنْ سَرَقَ فَوْقَ حَقِّهِ، وَلَا إِنْ اخْتَلَسَ أَوْ غَصَبَ أَوْ خَانَ.

* * *

لا قطع على سارق غير مكلف لصغر أو جنون، لحديث: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم». أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وصححه، وأخرجه البيهقي(٤).

ولا قطع في سرقة غير محترم كخمر وخنزير ولو لكافر، إلا أن الخمر يرد المسلم قيمتها للكافر إذا تلفت، وإلا ردَّ ذاتها، لا إن كانت لمسلم فلا

(١) حاشية البناني على الزرقاني ٨/٩٤.
(٢) المغني ٨/ ٢٤٠ ومغني المحتاج ٤/ ١٥٨- ١٥٩ والهداية ٢/ ١١٨.
(٣) شرح معاني الآثار ٣/ ١٦٧.
(٤) فيض القدير ٤/ ٣٥- ٣٦ والمستدرك ٤/ ٣٨٩ والسنن الكبرى ٨/ ٢٦٥.

ترد له لوجوب إراقتها عليه، ولا قطع في سرقة كلب مطلقاً، مأذوناً في اقتنائه أم لا[1]. لحديث أبي مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن». أخرجه مالك والشيخان[2].

ولا قطع في أضحية ذبحت ثم سرقت قبل توزيعها، لخروجها لله - بالذبح، أما إذا سرق قدر نصاب من لحمها أو جلدها بعد إعطائه لفقير متصدق عليه أو غني مهدى له - فإن سارقه يقطع[3].

ولا قطع فيما قويت الشبهة فيه كأب وأم، وجد من أحدهما وإن علا، فلا يقطع إن سرق من مال ولده وإن سفل. لحديث: «ادرؤوا الحدود بالشبهات». أخرجه البيهقي عن علي رضي الله عنه[4]. ولحديث: «أنت ومالك لأبيك» أخرجه ابن ماجه عن جابر مرفوعاً، ورجال إسناده ثقات. قاله المنذري[5].

بخلاف الولد فيقطع إن سرق نصاباً من أحد أبويه، وأحرى غيرهما من الأقارب[6].

ولا قطع على رقيق سرق من مال سيده لأثر عبد الله بن عمرو بن الحضرمي فإنه «جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب، فقال له: اقطع يد غلامي هذا فإنه سرق، فقال له عمر: ماذا سرق؟ فقال: سرق مِرآة لامرأتي. ثمنها ستون درهماً، فقال عمر: أرسله، فليس عليه قطع، خادمكم سرق متاعكم». أخرجه مالك في الموطإ[7].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٧٤.
(٢) الموطأ ٢/ ٦٥٦ وبلوغ المرام ص ١٥٩.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٩٧.
(٤) بلوغ المرام ص ٢٥٩- ٢٦٠.
(٥) مختصر سنن أبي داود ٥/ ١٨٣.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٤٧٥.
(٧) الموطأ ٢/ ٨٣٩- ٨٤٠.

وبه قال الثلاثة في شأن ما تقدم في الوالدين والرقيق وزادوا: أن لا قطع على ولد سرق من أحد أبويه وإن علا. وزاد أبو حنيفة: أن لا قطع على من سرق من مال ذي رحم محرم(١).

ويقطع من سرق نصاباً من بيت المال، كما يقطع من سرق من مال الشركة نصاباً أكثر من نصيبه، إن حجب عنه المال المسروق منه بأن أودعاه عند غيرهما أو اختص غير السارق بحيازته ووضع يده عليه ويقطع من سرق من الغنيمة بعد حوزها إن كثر الجيش أو قل وأخذ السارق نصاباً أكثر من حظه(٢).

وقال الثلاثة: لا قطع على من سرق من بيت المال لما أخرجه البيهقي عن الشعبي أن علياً رضي الله عنه كان يقول: «ليس على من سرق من بيت المال قطع»(٣) ولا قطع عندهم على من سرق من مال للسارق فيه شركة، ولو سرق أكثر من حظه(٤).

ولا قطع على مختلس؛ وهو الذي يخطف المال بحضرة صاحبه في غفلته ويذهب بسرعة، ولا على غاصب، وهو من أخذ المال من صاحبه قهراً من غير حرابة، ولا على من خان بجحد وديعة أو عارية(٥).

والأصل في ذلك حديث جابر عن النبي ﷺ قال: «ليس على خائن ولا مختلس ولا منتهب قطع». رواه أحمد والأربعة، وصححه الترمذي وابن حبان(٦).

وفي الموطإ: «قال مالك في الذي يستعير العارية فيجحدها، إنه ليس

---

(١) المهذب ٢/ ٢٨١ والمبدع ٩/ ١٣٣ واللباب ٣/ ٢٠٥.
(٢) جواهر الإكليل ٢/ ٢٩١.
(٣) السنن الكبرى ٨/٢٨٢.
(٤) المهذب ٢/ ٢٨١ والمبدع ٩/ ١٣٣- ١٣٤ واللباب ٣/ ٢٠٥- ٢٠٦.
(٥) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٤٧٦- ٤٧٧ والمنتقى ٧/ ١٨٦.
(٦) بلوغ المرام ص ٢٦١- ٢٦٢.

عليه قطع، وإنما مثل ذلك مثل رجل كان له على رجل دين فجحده ذلك، فليس عليه فيما جحده قطع». وفيه قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنه ليس في الخلسة قطع، بلغ ثمنها ما يقطع فيه أو لم يبلغ»[1].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، إلا أنه قال في إحدى روايتيه: إن جاحد العارية يقطع، وقال في الانصاف إنها المذهب[2] قال الخطابي: «مذهب عامة أهل العلم أن المستعير إذا جحد العارية لم يقطع، لأن الله سبحانه إنما أوجب القطع على السارق، وهذا خائن، ليس بسارق، وفي قوله: «لا قطع على الخائن» دليل على سقوط القطع عنه، وذهب إسحاق بن راهويه إلى إيجاب القطع عليه قولاً بظاهر الحديث، وقال أحمد بن حنبل: لا أعلم شيئاً يدفعه، يعني حديث المخزومية»[3] اهـ.

والحديث الذي أشار إليه أخرجه مسلم عن عائشة قالت: «كانت امرأة تستعير المتاع وتجحده فأمر رسول الله ﷺ أن تقطع يدها»[4].

قال النووي: «قال العلماء المراد أنها قطعت بالسرقة، وإنما ذكرت العارية تعريفاً لها، ووصفاً لها، لا أنها سبب القطع، وقد ذكر مسلم هذا الحديث في سائر الطرق المصرحة بأنها سرقت وقطعت بسبب السرقة فيتعين حمل هذه الرواية على ذلك جمعاً بين الروايات فإنها قضية واحدة». قال: «وقال جماهير العلماء وفقهاء الأمصار: لا قطع على من جحد العارية، وتأولوا هذا الحديث بنحو ما ذكرته»[5] اهـ.

* * *

(١) الموطأ ٢/ ٨٤١.
(٢) اللباب ٣/ ٢٠٥ـ ٢٠٦ ومغني المحتاج ٤/ ١٧١ والإنصاف ١٠/ ٢٥٣.
(٣) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٦/ ٢٢٧.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ١٨٧ـ ١٨٨.
(٥) المرجع السابق.

وَالْحِرْزُ مَا لاَ يُعَدُّ الْوَاضِعُ فِيهِ مُضَيِّعاً كَخِبَاءٍ وحَانُوتٍ، وَظَهْرِ دَابَّةٍ وَجَرِينٍ وَسَاحَةِ دَارٍ ومَرْسَاةِ سَفِينَةٍ، ومَوْقِفِ دابَّةٍ وَمَطْمَرٍ، ومَسْجِدٍ لِنَحْوِ حُصْرِهِ وَكلِّ شَيْءٍ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ.

* * *

الحرز هو المكان الذي لا يعد الواضع فيه مضيعاً عرفاً، وذلك يختلف باختلاف ما يوضع فيه، فخباء الخيمة المنصوبة في سفر أو حضر يعتبر حرزاً لنفسه، ولما يوضع فيه، كان فيه أهله أم لا، والحانوت حرز لما فيه فيقطع من سرق نصاباً منهما أو من فنائهما لأنهما حرز لما يوضع فيهما، عادة[١]، فكل مكان اتخذ حصناً لشيء فإنه حرز له، بما في ذلك أمتعة التجار التي يضعونها بالسوق بعضها مضموم إلى بعض، سواء كانوا معها أم لا.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر عندنا في الذي يسرق أمتعة الناس التي تكون موضوعة بالأسواق محرزة، قد أحرزها أهلها في أوعيتهم، وضموا بعضها إلى بعض ـ أنه من سرق من ذلك شيئاً من حرزه فبلغ قيمته ما يجب فيه القطع فإن عليه القطع، كان صاحب المتاع عند متاعه، أو لم يكن؟. ليلاً ذلك أو نهاراً»[٢].

وظهر الدابة حرز لما عليها من سرج ونحوه، وحرز لما عليها من دراهم وأمتعة، إذا كانت في حرز مثلها. والجرين[٣]: حرز لما فيه من ثمر وزرع، وساحة الدار، أي حائطها حرز، فيقطع من سرق نصاباً مما ذكر، إن كان أجنبياً غير ساكن في الدار، وحجر عليه في دخولها[٤].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٧٧- ٤٧٨.

(٢) الموطأ ٢/ ٨٣٦.

(٣) الجرين: موضع تجفيف الثمر كالبيدر للحنطة.

(٤) الشرح الصغير ٤/ ٤٧٨.

ومَرساة السفينة حرز لها، وهو المكان الذي ترْسُو فيه، فيقطع من سرقها منه، لأنه حرز لها، ولو لم يعتد على الأصح، كما في الشامل. قاله عق. قال البناني: «وأما سرقة السفينة فكما ذكر المصنف إن أرسيت في المرسى أو على قرية تصلح للمرسى، اللخمي: واختلف إذا أرسيت في غير قرية، فقال ابن القاسم إذا نزلوا منزلاً فربطوها فيه، وذهبوا لحاجتهم ولم يبق أحد منهم قطع، وقال أشهب لا يقطع، كالدابة إذا ربطت. . بموضع لم تعرف به»(1) اهـ.

قلت: والظاهر أن السيارة كالسفينة إذا أوقفت بمكان معَد لوقوف السيارات، فإنه يعتبر حرزاً لها، فيقطع من سرقها منه، وانظر إذا أوقفت بمكان غير معروف لها هل يجري فيها الخلاف الذي ذُكر آنفاً بين ابن القاسم وأشهب في شأن السفينة؟ والله أعلم.

وموقف الدابة يعتبر حرزاً لها، فيقطع من سرقها منه، سواء وقفت لبيع أو غيره، وسواء ربطت أم لا كان صاحبها معها أم لا. والمطمر: حرز، وهو محل يجعل في الأرض يخزن فيه الحب ونحوه، فمن سرق منه ما العادة أن يخزن فيه كالحبوب قطع إن قرب من المساكن، بحيث يكون تحت نظر ربه، وإلا فلا، والمسجد حرز لما فيه من زرابي وغيرها، حيث كانت تترك فيه على الدوام أما إن كانت تفرش نهاراً فقط فتركت ليلة فسُرق منها. فلا قطع(2).

وكل شيء بحضرة حافظه يقطع من سرق منه نصاباً، سواء كان صاحبه في فلاة أو غيرها، كان نائماً أم لا(3).

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك وغيره أن صفوان بن أمية قدم المدينة

---

(1) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ٨/ ١٠١.
(2) الشرح الصغير ٤/ ٤٧٨- ٤٨٠.
(3) الشرح الصغير ٤/ ٤٨٢.

«فنام في المسجد وتوسد رداءه، فجاء سارق فأخذ رداءه، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ، فقال له رسول الله ﷺ: أسرقت رداء هذا؟ قال: نعم، فأمر به رسول الله ﷺ، أن تقطع يده فقال له صفوان: إني لم أرد هذا يا رسول الله، هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: فهلا قبل أن تأتيني به؟» أخرجه مالك بهذا اللفظ. وأخرجه أحمد والأربعة وصححه الحاكم(١).

وفي الحديث أيضاً دليل على ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان، وبذلك ترجم الإمام مالك لهذا الحديث. ثم روي أن الزبير بن العوام لقي رجلاً قد أخذ سارقاً وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان، فشفع له الزبير ليرسله، فقال: لا، حتى أبلغ به السلطان، فقال الزبير: إذا بلغت به إلى السلطان فلعن الله الشافع والمشفِّع»(٢).

وفي حديث صفوان أيضاً دليل على أن السارق يقطع إن وهب له المسروق بعد الرفع للحاكم، وبه قال الشافعي وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة. قاله في المغني(٣).

تنبيـه: يستثنى من القطع في الأخذ بحضرة حافظ المال السرقة من الماشية في المرعى، فلا قطع فيها ولو بحضرة حافظها، لأن المرعى ليس بحرز، لكن السارق منها يعزر ويغرم.

والأصل في ذلك حديث: «لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المُراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المِجن». أخرجه مالك بهذا اللفظ مرسلاً من طريق عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي الحسين المكي(٤).

وأخرجه النسائي موصولاً باللفظ الآتي: «عن عمرو بن شعيب عن أبيه

---

(١) الموطأ ٢/ ٨٣٤- ٨٣٥ وبلوغ المرام ص ٢٦٣.
(٢) الموطأ ٢/ ٨٣٤ - ٨٣٥.
(٣) المغني ٨/ ٢٦٩.
(٤) الموطأ ٢/ ٨٣١.

عن جده عبد الله بن عمرو أن رجلاً من مزينة أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله: كيف ترى في حريسة الجبل؟ فقال: «هي ومثلها والنكال، وليس في شيء من الماشية قطع، إلا فيما آواه المُراح فبلغ ثمن المِجن ففيه قطع اليد، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال..»[1].

قال الباجي ـ في شرحه للحديث ـ برواية مالك: «وقوله ﷺ: «ولا في حريسة جبل» يريد ـ والله أعلم ـ الماشية التي تحرس في الجبل راعية، قال ابن القاسم في العتبية: حريسة الجبل: كل شيء يسرح للمرعى من بعير أو بقرة أو شاة أو غير ذلك من الدواب؛ لا قطع على من سرق منها، وإن كان أصحابها عندها، ووجه ذلك قوله ﷺ: «ولا في حريسة جبل». ومن جهة المعنى إن ذلك ليس بحرز لها، وإنما هو موضع مشيها ورعيها، والموضع مشترك والله أعلم.

مسـألـة: وأما إذا آوى الماشية المُراح ففيها القطع وإن كان في غير دور ولا تحظير ولا غلق، وأهلها في مدنهم، قاله مالك وابن القاسم، وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك في الراعي يبعد بغنمه فيدركه الليل في موضع لم يكن لها مُراحاً فيجمعها ثم يبيت فيسرق منها، قال: يقطع السارق، وهو كمراحها، ووجه ذلك أنه جعل ذلك الموضع حرزاً لها ومستقراً في مبيتها»[2] اهـ.

* * *

وَصُدِّقَ مُدّعِي الخَطَإ إنْ أَشْبَهَ، لا إنْ أُذِن في دُخولٍ، أوْ نقلَه وَلَمْ يُخْرِجْهُ، وَلاَ فِي سَرِقَة ثَمَرٍ.

* * *

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي ٨/ ٨٦.
(٢) المنتقى ٧/ ١٥٩.

يصدق من ادعى الخطأ في سرقته إن أشبه قوله، فلو دخل حماماً من بابه وأخذ ثياب غيره، وادعى أنه إنما وقع ذلك منه خطأ ـ فإنه يصدق، قيل بيمين وقيل بدونها(١).

ولا يقطع من أُذن له في دخول مكان فدخله كضيف دخل بإذن رب الدار، أو مرسل لحاجة، فلا قطع على من سرق منهما، لأنهما خائنان، لا سارقان، ولا قطع على من نقل نصاباً ولم يخرجه من حرزه، ولا على من سرق من بيت فيه إذن لجميع المسلمين، كبيت الحاكم والعالم والكريم، حيث كان يدخله الناس بدون إذن، فلا يقطع من سرق منه وأخرجه من الباب، لأنه خائن لا سارق(٢).

قلت: ويختلف ذلك باختلاف البلاد وأعراف أهلها، فبعض العلماء والكرماء لا يسمح بدخول بيته بدون إذن مسبق ولا يقبل ذلك. وبعضهم جرت عادة أهل بلده بدخول بيته بدون إذنه، حتى مع كراهته لذلك.

ولا قطع في سرقة ثمر من نخل أو غيره، لحديث: «لا قطع في ثمر ولا كَثَر». أخرجه مالك وأحمد وأصحاب السنن، وصححه الترمذي وابن حبان عن رافع بن خديج مرفوعاً(٣).

والكَثَر بفتحتين: جُمار النخل، وهو شحمه الذي وسطه(٤).

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن الثمر المعلق فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خُبنَة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه الغرامة والعقوبة، ومن خرج بشيء منه بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المِجن، فعليه القطع».

---

(١) حاشية الدسوقي ٤/ ٣٤٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٤٨٣- ٤٨٥.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٣٩ وبلوغ المرام ص ٢٦٢.
(٤) النهاية ٤/ ١٥٢.

أخرجه أبو دادو والنسائي والحاكم وصححه[1]. وأخرج مالك نحوه مرسلاً[2].

والخُبنة: معطف الإزار وطرف الثوب، أي لا يأخذ منه في ثوبه، يقال: أخبن الرجل إذا خبأ شيئاً في خبنة ثوبه أو سراويله[3].

ومحل عدم القطع في الثمر المعلق، إذا كان في غير مكان بمثابة حرز له، أما ما كان من شجر بحائط الدار فإن من سرق من ثَمره نصاباً قطع، لأنه أخذه من حرز[4].

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا قطع في ثمر مطلقاً[5].

* * *

وَتَثْبُتُ بِبيِّنَةٍ أو بِإقرارٍ طوعاً، وقُبِل رجوعُه، كزانٍ وشاربٍ ومُحاربٍ إلاَّ في المال.

* * *

تثبت السرقة التي توجب القطع ـ بشهادة عدلين أو بإقرار من سارق طوعاً، أما المكرَه على الإقرار فلا تثبت عليه ولومتهما على المشهور، وقيل إن المتهم يقبل إقراره ولو مكرهاً والمشهور عدم قبول إقرار المتهم المكره، ولو أخرج المسروق، لاحتمال وصوله إليه من غيره[6].

(١) بلوغ المرام ص ٢٦٢ـ ٢٦٣.
(٢) الموطأ ٢/ ٨٣١.
(٣) النهاية ٢/ ٩.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٤٤.
(٥) معالم السنن ٣/ ٣٠٤ والمغني ٨/ ٢٥٨ والهداية ٢/ ١٢٠.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٤٨٥ـ ٤٨٦.

والأصل في ذلك كله حديث: «رُفع عن أُمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». أخرجه ابن ماجه والحاكم، وقال أبو حاتم: أسانيده منكرة، كما أن أحمد قال إنه منكر، وقد حسنه النووي في الروضة[1].

وبثبوت السرقة بالإقرار قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلا أنه يشترط في قبول إقرار السارق أن يقر مرتين على الأقل، وقال: لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره، وقال الشافعي: للقاضي أن يعرض له بالرجوع، ولا يقول: ارجع[2].

والأصل في ذلك حديث أبي أمية المخزومي رضي الله عنه قال: «أتى رسول الله ﷺ بلص قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، فقال له رسول الله ﷺ: «ما إخالك سرقت؟ فقال: بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع، وجيىء به فقال: «اسْتغفِر الله وتـب إليه». فقال: استغفِرُ الله وأتوب إليه فقال: «اللهم تب عليه». ثلاثاً..» أخرجه أبو داود واللفظ له، وأحمد والنسائي، ورجاله ثقات[3].

وإذا أقر سارق بالسرقة وزان بالزنى وشارب بشرب الخمر ومحارب بالحرابة ـ قبل رجوعهم بالنسبة لحق الله، فيسقط الحد عنهم، لحديث ماعز المتقدم[4]. وحديث: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة» أخرجه الترمذي عن عائشة مرفوعاً وضعفه، وأخرجه موقوفاً وقال إن وقفه أصح[5]. ولا يقبل الرجوع عن الإقرار في حق الآدمي، فيغرم السارق والمحارب ما أقرا به إن بيناه وبينا صاحبه[6].

---

(١) سبل السلام ٣ .

(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٧٥ والمغني ٨/ ٢٧٨ ـ ٢٨١ والهداية ٢/١١٩ .

(٣) بلوغ المرام ص ٢٦٢ .

(٤) تبيين المسالك ٤/

(٥) عارضة الأحوذي ٦/ ١٩٨ـ ١٩٩ .

(٦) الشرح الصغير ٤/ ٤٨٦ـ ٤٨٧ .

وإن شهد عدل وامرأتان عدلتان بالسرقة لزم الغَرم دون القطع، وإن شهد عدل أو عدلتان وحلف المدعي مع الرجل أو المرأتين أورد المدعَى عليه اليمين على المدعي وحلف، فإن الغرم يلزم في ذلك كله دون القطع[1].

وقال الشافعي: لو شهد رجل وامرأتان بسرقة أو أقام المدعي شاهداً بها وحلف معه ثبت المال، ولا قطع، أما إذا رد المدعَى عليه اليمين على المدعي وحلف فإن القطع يلزم مع المال لأن اليمين المردودة كالإقرار والبينة. هذا ما استظهره النووي في المنهاج، ومقابله أنه لا قطع واعتمده في مغني المحتاج[2].

* * *

وَوَجَبَ الغُرْمُ إنْ لَم يُقْطَعْ مُطْلَقاً أَوْ قُطِعَ وَأَيْسَر مِنْ يَوْمِ الأَخْذِ، وسَقَطَ الحَدُّ إنْ سَقطَ العُضْوُ بَعْدَهَا، لا بِتَوبَةٍ وعَدَالَةٍ، وتَدَاخَلَتْ إنْ اتحَدَتْ كَقَذْفٍ وَشرْبٍ.

* * *

يجب على السارق غرم المسروق، فيرده إن كان قائماً، فإن فات رد قيمته إن كان مقوماً، ومثله إن كان مثلياً ـ هذا إذا لم يقطع لعدم إكمال نصاب البينة، أو لعدم نصاب المسروق، سواء كان السارق موسراً أو معدماً. أو كان المسروق باقياً أو لا، كما يجب الغرم إن قُطع السارق وكان موسراً وقت الأخذ واستمر يسره إلى وقت القطع، لأن اليسار المتصل كالمال القائم، فلو وجد المال المسروق فلربه أخذه إجماعاً[3].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٧٥.

(٣) شرح الزرقاني على خليل ٨/ ١٠٧ـ ١٠٨.

وقال الشافعي وأحمد: على السارق غرم المسروق مطلقاً، قُطع أم لا، وقال أبو حنيفة: لا يجتمع القطع والغرم إلا إذا وجد المسروق منه متاعه بعينه، فله أخذه مطلقاً[1].

واستدل من قال بعدم اجتماع القطع والغرم بحديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد». رواه النسائي، وبين أنه منقطع، وقال أبو حاتم: هو منكر». قاله الحافظ[2].

ويسقط القطع إن سقط العضو الذي يجب قطعه بعد السرقة، سواء سقط بسماوي أو قصاص أو جناية أجنبي[3].

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة[4].

ولا يسقط الحد بتوبة السارق ولا بعدالته ولو طال زمن التوبة والعدالة بعد السرقة.

وتداخلت الحدود إن اتحدت قدراً كحد القذف والشرب، لأن كلًّا منهما ثمانون جلدة فإذا أقيم واحد سقط الآخر[5]. خلافاً للثلاثة فقالوا: يجب استيفاء حد كل منهما. قاله في المغني[6]. أما إن لم تتحد فلا تتداخل عند جميع الأئمة[7].

تنبيـــه: من سرق مراراً بدون قطع كفاه قطع واحد عن الجميع، وإن قطع ثم سرق فإنه يقطع أيضاً.

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٤٥٢ ومغني المحتاج ٤/ ١٧٧ والمغني ٨/ ٢٧٠- ٢٧٢.
(٢) بلوغ المرام ص ٢٦٢.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٨٨- ٤٨٩.
(٤) المغني ٨/ ٢٦٣ ومغني المحتاج ٤/ ١٧٩.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٤٨٩ - ٤٩٠.
(٦) المغني ٨/ ٣٠٠.
(٧) المرجع السابق.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر عندنا في الذي يسرق مراراً ثم يُستعدى عليه إنه ليس عليه إلا أن تقطع يده لجميع من سرق منه، إذا لم يكن أقيم عليه الحد، فإن كان قد أقيم عليه الحد قبل ذلك ثم سرق ما يجب فيه القطع، قطع أيضاً»[1] اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد وأبو حنيفة إلا أنه قال: إنه إذا سرق عيناً فقطع فيها، وردها لمالكها، ثم عاد فسرقها ثانياً وهي بحالها لم تتغير، لم يقطع بها ثانياً[2].

تنبيه إذا سرق أحد الزوجين من الآخر ما أحرز عنه بغلق قطع، وإن سرق مما لم يغلق عنه ـ لم يقطع[3].

وبه قال أحمد في أحدى روايتيه، وروايته الأخرى ـ وبها صدر في المغني، واقتصر عليها في الروض المربع ـ أنه لا قطع عليه مطلقاً[4]. وهو المذهب عند أبي حنيفة[5].

وللشافعي ثلاثة أقوال: أحدهـا مثل قول مالك، واستظهره النووي في المنهاج، والثاني عدم القطع مطلقاً، والثالث: يقطع الـزوج دون الزوجة إن سرق مما أحرز عنه[6].

---

(١) الموطأ ٢/ ٨٣٦.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٧٩ والمغني ٨/ ٢٦٢ واللباب ٣/٢٠٩.
(٣) جواهر الإكليل ٢/٢٩٢.
(٤) المغني ٨/٢٧٦ ـ ٢٧٧ والروض المربع ٢/٣٥١.
(٥) اللباب ٣/٢٠٥.
(٦) مغني المحتاج ٤/١٦٢.

بابٌ في الحرابة

الْمُحَارِبُ قَاطِعُ الطَّرِيقِ لِمَنْعِ سُلُوكٍ أَوْ أَخْذِ مَالٍ مُحْتَرَمٍ عَلَى وَجْهٍ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الْغَوْثُ، أَوْ مُذْهِبُ عَقْلٍ لِذَلِكَ، أَوْ مُخَادِعٍ مُمَيِّزٍ لأَخْذِ مَا معَهُ وَدَاخِلُ زِقَاقٍ لَيْلاً أَوْ نهاراً، لأَخْذِ مَالٍ مُحْتَرمٍ بِقِتَالٍ، فَيُقَاتَلُ، وَتَعَيَّنَ قَتْلُهُ إِنْ قَتَلَ، وَإِلاَّ فَلِلإِمَـامِ قَتْلُهُ أَوْ صَلْبُهُ أَوْ قَطْعُ يَدِه الْيُمْنَى وَرِجْلِهِ الْيُسْرَى وَنَفْيُ الْحُرِّ الذَّكَرِ.

* * *

المحارب هو قاطع الطريق، أي مخيفها لمنع مرور فيها، أو لأخذ مال ولو لم يبلغ نصاب السرقة ـ لمحترم من مسلم أو ذمي أو معاهد، والبضع أولى من المال، قال القرطبي: أما «مريد إخافة الطريق قصداً للغلبة على الفروج. فهذا أفحش المحاربة وأقبح من أخذ الأموال، وقد دخل هذا في قوله تعالى: ﴿ وَيَسْعَوْنَ في الأَرْضِ فَسَاداً ﴾[1] ا هـ[2].

وهذا كله إذا كان على وجه تتعذر معه الإغاثة والتخلص منه. ومن أنواع الحرابة إذهاب العقل لأخذ المال أو الاغتصاب كمسقي السيكران، وهو

(١) المائدة ٣٣.

(٢) تفسير القرطبي ٦/ ١٥٦.

نبت دائم الخضرة يذهب العقل. ومذهب العقل بالبنج بل إن البنج أشد منه لتغييب العقل، قاله عق وغيره[١]. والبنج (بفتح الباء الموحدة وسكون النون): نبت معلوم، يوكل حبه، وهو المسمى بالشرانق. قاله الدسوقي[٢].

ومخادع الناس لأخذ ما معهم يعتبر أيضاً محارباً، سواء كان المخادَع صبياً مميزاً أو كبيراً عاقلاً، ومثله الداخل في زقاق أو دار ليلاً أو نهاراً، لأخذ مال أو إرادة فاحشة ـ بقتال على وجه تتعذر معه الإغاثة والإعانة، فقاتل حتى أخذ المال أو فعل الفاحشة، فإنه يعتبر محارباً[٣].

هذا هو المحارب فيقاتله المعتدى عليه، جوازاً إن لم يكن دافعاً عن نفسه أوعن أهله القتل أو الجرح أو الفاحشة، وإلا وجب قتاله، وتندب مناشدته ثلاث مرات قبل المقاتلة، يقول له في كل مرة: ناشدتك الله إلا ما خليت سبيلي، إن أمكن ذلك؛ بأن لم يعاجله بالقتال، وإلا فليعاجَل بالقتال بالسيف ونحوه، مما يسرع به إلى الهلاك.

ويتعين قتل المحارب إن قتل سواء كان المقتول مكافئاً له، كمسلم حر يقتل مثله، أو غير مكافىء له كحر مسلم يقتل كافراً أو رقيقاً مسلماً. إلا أن يجيىء تائباً قبل القدرة عليه فلا يقتل إلا بقتل المكافىء له. لأن التوبة قبل القدرة عليه تسقط عنه الحد، فيكون القتل قصاصاً[٤].

أما إذا لم يقتل فإن الإمام مخير بين قتله بدون صلب أو قتله مصلوباً على نحو جذع وعمود حديد أو قطع يده اليمنى من الكوع ورجله اليسرى من الكعب، أو نفيه كنفي الزنا المتقدم، وحبسه حسب اجتهاد الحاكم. والنفي

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٠٨ـ ١١٠.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٤٨/٤.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٤٩٢ ـ ٤٩٥.
(٤) المرجع السابق.

والصلب إنما هما للحر الذكر، أما المرأة فلا تنفى ولا تصلب، وإنما حدها القتل أو القطع من خلاف، كما أن العبد لا يُنفى، ويحد بما سوى ذلك[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[2]. وليس لولي المقتول العفو عن القاتل المحارب قبل مجيئه تائباً لأن الحق لله تعالى.

ويندب للإمام النظر في شأن المحارب في حال عدم صدور قتل منه. فإن كان من أهل التدبير في الحروب فيندب الخلاص منه بالقتل، وإن كان من أهل البطش فيندب قطع يده اليمنى ورجله اليسرى. أما من لا تدبير له ولا بطش فيندب نفيه وضربه باجتهاد الحاكم. ومثله من وقعت منه الحرابة فلتة، بأن أخذ فور خروجه ولم يقتل ولا أخذ مالاً وإنما حصل منه إخافة الطريق[3].

وقال الشافعي وأحمد: إذا قتل المحاربون ولم يأخذوا المال قتلوا، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإن أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن أخافوا الطريق، ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا نفساً، فقال أحمد: ينفون من الأرض، فيشردون متفرقين. وقال الشافعي: يعزرون بحبس وغيره[4].

وقال أبو حنيفة: إن قصدوا قطع الطريق ولم يأخذوا مالاً ولا قتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا المال قطع الإمام أيديهم

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٣٥٠.

(٢) المائدة ٣٣.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٣٥٠.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ١٨١- ١٨٢ والروض المربع ٢/ ٣٥٢- ٣٥٣.

وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً، وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار أن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم، يصلب الواحد حياً ويبعج بطنه بالرمح إلى أن يموت(١).

واتفق الشافعي وأبو حنيفة وأحمد على أن المحاربين لا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق في مثله، وتقدم أن مالكاً لم يشترط في القطع نصاب السرقة. فيقطع عنده المحارب في اليسير وغيره(٢).

واتفق مالك وأبو حنيفة أن المحارب يصلب حياً ثم يقتل مصلوباً. وقال الشافعي وأحمد: يقتل أولاً ثم يصلب، وعند مالك ينزل من الصلب بعد القتل مباشرة. وعند أبي حنيفة والشافعي يصلب ثلاثة أيام ثم ينزل، وقال أحمد: لا توقيت لصلبه إلا قدر ما يشتهر أمره(٣).

* * *

وَدُفعَ مَا بِأَيْدِيهِمْ لِمُدَّعِيهِ بيَمِينٍ أَوْ بَيِّنَةٍ.

وَثَبَتَ الْحَدُّ بِشَهَادَةِ عَدْلَين أَنَّهُ الْمَشْهُورُ بِها، ويَسْقُطُ بإِتْيَانِهِ الْإِمَامَ طائعاً أَوْ بِتَركِ مَا هُو عَلَيْه.

* * *

يدفع ما بأيدي المحاربين لمن ادعاه. بعد وصفه له كما توصف اللقطة، وبعد يمينه أنه له، وذلك بعد الاستيناء والتريث خشية أن يأتي أحد

(١) اللباب ٣/ ٢١٠- ٢١٢.
(٢) المراجع السابقة.
(٣) المراجع السابقة.

بأثبت مما ادعى من غير طول. أو بشهادة عدلين من الرفقة المقـاتلين للمحاربين، وأولى من غيرهم.

ويثبت حد الحرابة المتقدم ذكره بشهادة عدلين أن هذا الشخص هو المشتهر بالحرابة عند الناس وإن لم يعايناه حال الحرابة[1].

ويسقط حد الحرابة دون غيرها من الحدود ـ بإتيان المحارب طائعاً قبل القدرة عليه، لا إن تاب بعد القدرة عليه فلا يسقط عنه. كما يسقط حدها بترك المحارب ما هو عليه من الحرابة وإن لم يأت الإمامَ، وإنما عليه حينئذ غرم ما أخذه مطلقاً، أيسر أو أعسر، موجوداً عنده أم لا، كما أن عليه القصاص إن قتل[2].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُواْ عَلَيْهِم فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[3].

قال القرطبي: «استثنى عز وجل التائبين قبل أن يُقدَر عليهم، وأخبر بسقوط حقه عنهم بقوله: ﴿ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ أما القصاص وحقوق الآدميين فلا تسقط، ومن تاب بعد القدرة فظاهر الآية أن التوبة لا تنفع، وتقام الحدود عليه»[4] اهـ.

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٣٥١ـ ٣٥٢.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المائدة ٣٤.
(٤) تفسير القرطبي ٦/ ١٥٨.

بابٌ في حد الشارب

يُجْلَدُ الْمُسْلِمُ الحُرُّ الْمُكَلَّفُ ثَمَانِينَ وَتُشَطَّرُ بِالرِّقِّ إِنْ شَرِبَ مَا يُسْكِرُ جِنْسُهُ مُخْتَاراً بِلاَ عُذْرٍ وَضَرُورَةٍ. وَثَبَتَ بِإِقْرَارٍ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ بِشُرْبٍ أَوْ شَمِّ رِيحٍ أَوْ قَيْءٍ.

* * *

شرف الله الإنسان بالعقل وميزه به عن غيره من الحيوانات، وبذلك حمل الأمانة وفُرضت عليه التكاليف الشرعية. وحفاظاً على عقل الإنسان حرم الله الخمر وفرض العقوبة الآتية على شاربها:

يجلد المسلم المكلف الحر ذكراً كان أو أنثى ـ ثمانين جلدة، ويجلد الرقيق نصفها ـ إن شرب ما يسكر جنسه قل أو كثر ولو لم يسكر بالفعل، إن فعل ذلك مختاراً لا مكرهاً فلا يحد لحديث: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». أخرجه ابن ماجه والحاكم، وتقدم في باب السرقة أنه ضعيف وإن النووي حسنه.

كما أن مَن شربها لضرورة إزالة الغصة لا يحد كما سيأتي إن شاء الله. ولا يحد من جهل وجوب حد شارب الخمر، ولو علم حرمتها، أو جهل ذلك، لقرب عهده بالإسلام ـ ولا يجلد الشارب إلا بعد صحوه ليذوق

ألم الجلد فإن جُلد قبل صحوه أعيد الجلد إن لم يكن عنده شعور بألم الجلد[١].

ويثبت الشرب بإقرار الشارب، لكن يقبل رجوعه بعد الإقرار، أو بشهادة عدلين أو شهادتهما برائحتها في فمه، بناء على أن معرفة رائحتها لا تتوقف على شربها، أو على تقدير أن الشاهدين كانا يشربانها في زمن كفرهما أو فسقهما وأسلما أو تابا، أو شهادة أحد العدلين برؤية شربه لها وشهادة الآخر بشم رائحتها في فيه أو تقيئه لها[٢].

والأصل في تحريم الخمر قوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلَام رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إنَّما يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ الله وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أنتُم مُنْتَهُونَ ﴾[٣].

وأخرج مالك والشيخان عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شراب أسكر فهو حرام»[٤]. وأخرجوا أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من شرب الخمر في الدنيا، ثم لم يَتُبْ منها حُرمها في الآخرة»[٥]. وأخرج مسلم عن ابن عمر مرفوعاً: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام»[٦].

أما الأصل في حد شاربها فهو ما أخرجه الشيخان «عن أنس بن مالك قال: أتي النبي ﷺ برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين،

---

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١١٢-١١٣.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المائدة ٩٠ - ٩١.
(٤) الموطأ ٢/ ٨٤٥ وزاد المسلم ١/ ٢٩٣.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٤٦ وزاد المسلم ٣/ ١٩٣- ١٩٦.
(٦) صحيح مسلم ٣/ ١٥٨٧.

قال: وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف: أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر»[١].

وأخرج مالك في الموطإ: «عن زيد بن ثور الديلي أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، أو كما قال فجلد عمر في الخمر ثمانين»[٢].

أما كون الرقيق يجلد نصف جلد الحر فالأصل فيه ما في الموطإ: «عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر، فقال: بلغني أن عليه نصف حد الحر في الخمر، وأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر ـ قد جلدوا عبيدهم نصف حد الحر في الخمر»[٣].

ونقل المنذري والمازري والنووي الإجماع على وجوب الحد على شارب الخمر، سواء شرب القليل منها أو الكثير[٤]. وعليه عمل أهل المدينة. ففي الموطإ: «قال مالك: السنة عندنا أن كل من شَرب شراباً مسكراً فسكر، أو لم يسكر فقد وجب عليه الحد»[٥].

واتفق الأئمة الثلاثة مع مالك فيما أُجْمع عليه من وجوب حد شارب الخمر، واختلفوا في قدر الحد، فأبو حنيفة يتفق مع مالك في أنه ثمانون جلدة للحر، وأربعون للرقيق. وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، ـ وبها صدر في المغني ـ ونقل إجماع الصحابة عليها. كما نقله الباجي[٦]. واعتمدها

(١) بلوغ المرام ص ٢٦٣- ٢٦٤.
(٢) الموطأ ٢/ ٨٤٢.
(٣) الموطأ ٢/ ٨٤٢- ٨٤٣.
(٤) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٦/ ٢٨٩ وإكمال الإكمال ٤/ ٤٦٩ وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢١٧.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٤٣.
(٦) اللباب ٣/ ١٩٤ والمغني ٨/ ٣٠٧ والمنتقى ٣/ ١٤٤.

المرداوي في الانصاف(١). ورواية أحمد الأخرى أن حد الحر في الخمر أربعون وهو المذهب عند الشافعي(٢).

واتفق الثلاثة مع مالك على ثبوت الشرب بشهادة عدلين وبالإقرار، ولا يثبت عند الشافعي وأبي حنيفة بالرائحة والقيء، وبه قال أحمد في أصح روايتيه، قال في المغني: «ولا يجب الحد بوجود رائحة الخمر من فيه في قول أكثر أهل العلم، منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي، وروى أبو طالب عن أحمد أنه يحد بذلك وهو قول مالك، لأن ابن مسعود جلد رجلاً وجد منه رائحة الخمر»(٣).

ودليل مالك ما أخرجه البخاري تعليقاً أن عمر بن الخطاب قال: «وجدت من عبيد الله ريح شراب، وأنا سائل عنه، فإن كان يسكر جلدته»(٤). وأخرجه مالك بلفظ: «إني وجدت من فلان ريح شراب فزعم أنه شراب الطلاء، وأنا سائل عما شرب فإن كان يسكر جلدته، فجلده عمر الحد تاماً»(٥).

وفي صحيح مسلم عن حضين بن المنذر: أبي ساسان قال: «شهدت عثمان بن عفان وأُتي بالوليد قد صلى الصبح ركعتين ثم قال: أزيدكم، فشهد عليه رجلان: أحدهما حمران أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقيأ، فقال عثمان: إنه لم يتقيأ حتى شربها»(٦).

قال النووي: «هذا دليل لمالك وموافقيه في أن من تقيأ الخمر يحد حد الشارب، ومذهبنا أنه لا يحد بمجرد ذلك، لاحتمال أنه شربها جاهلاً كونها

---

(١) الانصاف ١٠/ ٢٢٩- ٢٣٠.
(٢) المرجع السابق ومغني المحتاج ٤/ ١٨٩.
(٣) المغني ٨/ ٣٠٩.
(٤) صحيح البخاري ٥/ ٢١٢٥.
(٥) الموطأ ٢/ ٨٤٢.
(٦) صحيح مسلم ٣/ ١٣٣١- ١٣٣٢.

خمراً أو مكرهاً عليها، أو غير ذلك من الأعذار المسقطة للحدود، ودليل مالك هنا قوي، لأن الصحابة اتفقوا على جلد الوليد بن عقبة المذكور في هذا الحديث..»[1] اهـ.

* * *

وَجَازَ لِإِسَاغَةِ غُصَّةٍ إِنْ خَافَ وَلَمْ يَجِدْ غَيْرَهُ. وَالْحُدُودُ كلُّهَا بِسَوْطٍ لَيِّنٍ وَضَرْبٍ مُتَوَسِّطٍ قَاعِدٍ بِلاَ رَبْطٍ وَلاَ شَدِّ يَدٍ - بِظَهْرِهِ وَكَتفَيْهِ.

وَجُرِّدَ الرَّجُلُ، مما سِوَى الْعَوْرَةِ، وَالْمَرْأَةُ مِمَّا يَقِي أَلَمَ الضَّرْبِ.

* * *

يجوز للغاص أن يشرب من الخمر ما يزيل الغصة على الراجح، إن خشي الهلاك منها ولم يجد غير المسكر لإزالتها، خلافاً لابن عرفة وابن الحاجب فلا يجوز عندهما شربها لإساغة الغصة[2].

ولا يجوز استعمال الخمر لجوع وعطش، ولا لدواء ولو خاف الهلاك، لأنها لا تزيل الجوع ولا العطش، وليست شفاء، بل هي داء، لما في صحيح مسلم «عن وائل الحضرمي أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء»[3].

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢١٩.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٥٠٢.
(٣) صحيح مسلم ٣/ ١٥٧٣.

ولما كانت إزالة الخمر للغصة معلومة جاز منها ما يزيل الغصة على المشهور إن لم يوجد أي مُزيل غيرها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾(١).

والحدود كلها كالزنا والقذف والشرب ـ تكون بسوط لين من جلد برأس واحد لا برأسين، ولا بقضيب ولا شراك، ولا بدرة. ويكون الضرب متوسطاً؛ لا شديداً ولا خفيفاً، ويكون المحدود قاعداً بلا ربط على نحو جذع، إلا لعذر ككونه لا يستقر، أو لا يقع الضرب موقعه، فيربط. ويكون الضرب بالظهر والكتفين لا على غير ذلك(٢).

وقال الثلاثة: يجلد الرجل قائماً ويفرق الضرب على جميع الجسد، ما عدا الرأس والوجه والفرج، قاله في المغني، ونحوه في مغني المحتاج(٣).

أما المرأة فلا خلاف عند الجميع أنها تجلد جالسة(٤). وعند مالك يندب جعلها وقت الضرب في قُفة فيها تراب يبل بماء، للستر. ففي المدونة: «بلغ مالكاً أن بعض الأئمة أقعد المرأة في قفة فأعجبه ذلك». نقله المواق(٥).

ويجرد الرجل من كل ما عليه من الثياب ما عدا ما على العورة أي ما بين السرة والركبة، وتجرد المرأة مما يقي ألم الضرب بأن تلبس ثوباً رقيقاً. ويوالى الضرب على المجلود ذكراً كان أو أنثى، ولا يفرق إلا لخوف الهلاك فيفرق(٦).

وقال الشافعي وأحمد: لا يجرد الرجل من الثياب الخفيفة التي لا تمنع أثر الضرب. وأما ما يمنعه كالجبة المحشوة والفروة فينزع عنه، ويترك على المرأة ما يسترها بلا خلاف(٧).

(١) الأنعام ١١٩.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٤.
(٣) المغني ٨/ ٣١٣- ٣١٤ ومغني المحتاج ٤/ ١٩٠- ١٩١.
(٤) المغني ٨/ ٣١٥.
(٥) التاج والإكليل ٦/ ٣١٩.
(٦) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٤.
(٧) مغني المحتاج ٤/ ١٩٠- ١٩١ والمغني ٨/ ٣١٤- ٣١٥.

أحكام التعزير

يُعَزِّرُ الْحَاكِمُ لِمَعْصِيَةِ اللَّهِ أَوْ لِحَقِّ آدَمِيٍّ حَبْساً وَلَوْماً، وبِالْقِيَامِ مِنَ الْمَجْلِسِ وضَرْباً بِالسَّوْطِ أَوْ غَيْرِهِ، وَإِنْ زَادَ عَلَى الحَدِّ أَوْ أَتَى عَلَى الهَلَاكِ، وَضَمِنَ مَا سَرَى إِنْ لَمْ تُظَنَّ السَّلَامَةُ.

* * *

يعزِّر الحاكم أو نائبه لمعصية الله، وهي ما ليس لأحد إسقاطها كتعمد الفطر في رمضان نهاراً، كما يعزِّر لحق آدمي وهو ما له إسقاطه، كشتم وضرب ونحوهما، وكل ذلك باجتهاد الحاكم بحسب عظم الجناية وصغرها، وبحسب العاصي في الشر وغيره، وحسب قوته وضعفه.

فقد يكون التعزير حبساً مدة محددة، وقد يكون لوماً وتوبيخاً بالكلام، كما يكون بالإقامة من المجلس، كأن يأمر العاصي بالوقوف على قدميه، ثم يأمره بالجلوس، أو يأمره بالانصراف من المجلس[1]. ويكون أيضاً بنزع العمامة من الرأس، وفي هذا إذلال وزجر لمن له مكانة، ويكون أيضاً بالهجر.

وقد يكون التعزير بالضرب بسوط أو غيره كقضيب ودرة، كما كان يفعل

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/١١٥ ـ ١١٦.

عمر رضي الله عنه بدرته. ويكون بصفع بالقفا، وبالنفي، وبالإخراج من الحارة، كأهل الفسوق المضرين بالجيران[1].

ولا خلاف بين جميع الأئمة في أن التعزير مشروع في المعاصي التي لم يرد فيها حد. قال ابن فرحون ـ نقلاً عن ابن القيم: «اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد، بحسب الجناية في العظم والصغر، وحسب الجاني في الشر وعدمه»[2] اهـ.

واتفق الأئمة أنه لا حد لأقلِّ التعزير، واختلفوا في أكثره، فعند مالك هو غير محدود، بل بحسب الجناية والجاني والمجني عليه فقد يزيد الجلد فيه على أعلى الحد: (مائة جلدة)، فالتشديد فيه لأمر يقتضي ذلك ـ مع ظن السلامة ـ لا دية فيه ولا قود ولو أدى إلى القتل، لما روي أن عمر بن الخطاب جلد رجلاً يقال له: معن بن زائدة زَوَّرَ خاتماً مثل خاتمه؛ جلده مائة جلدة وشُفع فيه فقال: أذكروني الطعن وكنت ناسياً فجلده مائة أخرى ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى. ذكر ذلك القرافي في الفروق قال: ولم يخالفه أحد فكان ذلك إجماعاً[3].

غير أن الحافظ ابن حجر شكك في ثبوت هذه القصة التي نسب ذكرها لأبي الحسن بن القصار المالكي، وعقب عليها بقوله: «لكن معن بن زائدة لم يدرك ذلك الزمان، وإنما كان في آخر دولة بني أمية وأول دولة بني العباس، وولي إمرة اليمن، وله أخبار شهيرة في الشجاعة والكرم، ويحتمل أن يكون محفوظاً، ويكون ممن وافق اسم هذا واسم أبيه، على بعد في ذلك»[4] اهـ.

أما إذا لم تظن السلامة مما يعمل من التشديد في التعزير فإنه يضمن ما

---

(١) المرجع السابق.
(٢) تبصرة الحكام مع نوازل عليش ٢/٢٩٤.
(٣) الفروق ٤/ ١٧٧- ١٧٨.
(٤) الإصابة ٣/ ٥٢٨.

سرى على نفس أو عضو، فإن وقع ذلك مع الشك في السلامة فاللازم الدية على العاقلة، وإن كان عن تيقن أو ظن في عدم السلامة فيلزم القصاص(١).

أما الأئمة الثلاثة فخالفوا مالكاً في التعزير إن كان جَلْداً، فأبو حنيفة والشافعي قالا: يجب أن لا يبلغ أدنى حد مشروع، مع اختلافهما في أدنى الحد، فأبو حنيفة قال: يجب أن لا يبلغ أربعين جلدة، لأنها حد الرقيق في القذف والشرب. وعند الشافعي: يجب أن لا يبلغ أربعين للحر، ولا يبلغ عشرين للرقيق(٢).

واستدلا بحديث: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين». أخرجه البيهقي عن الضحاك مرفوعاً(٣).

ولأحمد روايتان: إحداهما أنه لا يبلغ في التعزير الحد، وعليها اقتصر الخرقي، والأخرى أنه لا يزاد في التَّعزير على عشر جلدات، وعليها اقتصر في الروض المربع، ويلاحظ أنها هي الأقوى(٤).

واستدل لها بحديث: «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله». متفق عليه. قاله في التلخيص(٥).

هذا وقد طبقت عقوبات التعزير في عهد مبكر من تاريخ الدولة الإسلامية، فقد طبقه رسول الله ﷺ على الثلاثة الذين خُلفوا عن غزوة تبوك، فنهى عن كلامهم، واستمر الناس في هجرهم إلى أن نزل القرآن بتوبة الله عليهم بعد خمسين ليلة. كما جاء في الصحيحين(٦).

وسجن عمر بن الخطاب الحطيئة على هجوه للمسلمين، وسجن عثمان ضابىء بن حارث وكان من لصوص تميم حتى مات في السجن.

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٥.
(٢) المغني ٨/ ٣٢٤ ومغني المحتاج ٤/ ١٩٣.
(٣) السنن الكبرى ٨/ ٣٢٧.
(٤) المغني ٨/ ٣٢٤ والروض المربع ٢/ ٣٤٩.
(٥) تلخيص الحبير ٤/ ٧٩.
(٦) صحيح البخاري ٤/ ١٦٠٧ وصحيح مسلم ٤/ ٢١٢٦.

وكان الصحابة رضوان الله عليهم يعاملون الرجل على قدر جنايته، فمنهم من يُضْرَب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفاً على قدميه في المحافل، ومنهم من تنزع عمامته(١).

وإذا كان الحد لا يسقط بتوبة صاحبه، فإن التعزير يسقط بالتوبة، قال القرافي: «ولا أعلم في ذلك خلافاً»(٢).

تنبيه: ما أتلفته البهائم من زرع أو حوائط ليلاً فعلى ربها ضمانة، وإن زاد على قِيمتها، فإن عُرفت بالعداء فعلى ربها ولو نهاراً(٣).

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ: أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها». أخرجه مالك عن حرام بن محيصة مرسلاً(٤).

وأخرجه أبو داود عن محيصة موصولاً وترجم له بباب المواشي تفسد زرع قوم، وسكت عنه أبو داود وأقره المنذري وقال: «وأخرجه النسائي»(٥).

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا ضمان على رب الماشية، لا ليلاً ولا نهاراً(٦).

أما ما أتلفته البهائم من غير الزرع والحوائط كآدمي أو مال كدمته بفمها أو رمته برجلها فلا ضمان على ربها فيه(٧). لحديث: «جرح العجماء جُبار». أخرجه مالك والشيخان عن أبي هريرة مرفوعاً(٨). إلا إذا كانت الدابة عادية وفرط ربها في ربطها أو الغلق عليها، فإنه يضمن(٩).

(١) تبصرة الحكام مع نوازل عليش ٢/ ٣١٧.
(٢) الفروق ٤/ ١٨١.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/٢٥٧ ـ ٢٥٨.
(٤) الموطأ ٢/٧٤٧ ـ ٧٤٨.
(٥) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٠٢.
(٦) الروض المربع ٢/٢٢٥ ـ ٢٢٦ ومعالم السنن ٣/١٧٨.
(٧) حاشية الدسوقي ٤/٢٥٧.
(٨) الموطا ٢/٨٦٩ وصحيح البخاري ٢/٥٤٦ وصحيح مسلم ٣/١٣٣٤.
(٩) حاشية الدسوقي ٤/٢٥٧.

كتاب العتق

العِتْقُ مَنْدُوبٌ ومُرَغَّبٌ فيهِ، وَهُو تخْليصُ الرَّقَبَةِ مِنَ الرِّقِّ بِصِيغَةٍ. فَشرْطُ الْمُعتِقِ الرُّشْدُ وَعَدَمُ الحجْرِ لكَفَلَسٍ.

وَشَرْطُ الرَّقَبَةِ عَدَمُ تَعَلُّقِ حَقٍّ بِهَا، كَرَهْنٍ وَجِنَايَةٍ، وَصَرِيحُ الصِّيغَةِ: أعْتَقْتُ وَمَا تَصرَّفَ، وَيَقَعُ بأَيِّ لَفْظٍ مَعَ النِّيَّةِ.

وَالْكِنَايَةُ الظَّاهِرَةُ ما جَرَى بِهِ الْعُرْفُ، وَمِنَ الصريحِ أَنْتَ حُرٌّ بِلاَ قَرِينَةٍ كَمدْحٍ.

* * *

العتق: خلاف الرق، وهو الحرية، وكذلك العَتَاق (بالفتح) والعَتاقة، وعتَق العبدُ يعتق عِتقاً وعَتاقاً وعتَاقة، فهو عتيق، قاله في اللسان.

وهذا المعنى يتفق مع ما ورد في النص: «تخليص رقبة من الرق، بصيغة صريحة أو كناية ظاهرة جرى بها عرف البلد، كما سيأتي إن شاء الله.

والعتق مندوب، رغَّب فيه الشارع لقوله تعالى: ﴿ فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ يَتِيماً ذَا مَقْرَبَةٍ أَوْ مِسْكِيناً

ذَا مَتْرَبَةٍ ﴾[1] وأخرج الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار، حتى فرجه بفرجه»[2].

وشرط المعتق أن يكون رشيداً؛ غير محجور عليه، فلا يصح عتق صبي ولا مجنون ولا مَن حجر عليه لسفه وفلس ونحو ذلك. وعلى هذا عمل أهل المدينة، قال مالك في الموطإ: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا تجوز عتاقة رجل وعليه دين يحيط بماله، وأنه لا تجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم. وأنه لا تجوز عتاقة المُوَلى عليه في ماله، وإن بلغ الحلم، حتى يلي ماله»[3] اهـ. أما المريض فإن عتقه في مرض موته يمضي منه ما حمله الثلث.

وشرط الرقبة المُخلَّصَةِ من الرق عدم تعلق حق لازم بها، لا دخل للسيد فيه، كالمرهون والجاني، أما إذا تعلق بها حق غير لازم؛ للسيد إسقاطه فيصح عتقها، كمن أوصى برقيق لأحد، فله عتقه، لأن له الرجوع عن وصيته.

والصيغة إما أن تكون صريحة أو كناية ظاهرة فالصريحة كأعتقتك أو أنت معتَق أو فككت عنك الرق أو حررتك أو أنت حر، إن لم تكن هناك قرينة مدح أو تهكم، فإن كانت هناك صرفتها عن العتق، بأن أعجبه عمله فقال له: ما أنت إلا حر، أو وجد منه عصياناً فقال: تعال يا حر أو ما أنت إلا حر[4].

وأما الكناية الظاهرة فهي ما جرى عرف البلد أنه يراد به العتق، كوهبت

---

(١) البلد ١١- ١٦.
(٢) زاد المسلم ٣/ ٨٨- ٩٠.
(٣) الموطأ ٢/ ٧٧٦.
(٤) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٢٣.

لك نفسك أو خدمتك، أو عملك، أو لا سبيل لي عليك فيعتق بذلك إلا لقرينة ظاهرة دالة على غير العتق فتصرفه عن العتق.

ففي المدونة: «ومن قال لعبده ابتداء منه: لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك عتق عليه، وإن علم أن هذا الكلام كان جواباً لكلام قبله صدق في أنه لم يرد به عتقاً، ولا يعتق عليه». نقله المواق[1].

وعليه فإن الكناية الظاهرة كالصريح لا تنفع فيها دعوى نية عدم العتق، إلا إذا صاحبتها قرينة تدل على عدم إرادة العتق. أما إن نوى العتق بأي كلام فإنه يلزمه، ولو بقوله للرقيق اسقني ماء ونوى عتقه بذلك[2].

* * *

وَيَعتقُ بِنَفْسِ الْمُلْكِ الأَصْلُ والْفَرْعُ والإِخْوَةُ مُطْلَقاً وَبِالْحُكمِ إِنْ تَعَمَّدَ مُثْلَةً بِرَقِيقِهِ، ولَوْ كَقَطْعِ ظُفُرٍ أَوْ بَعْضِ أُذُنٍ.

* * *

يعتق الرقيق بمجرد ملك ابنه أو ابنته له وإن سفلا، ويعتق بمجرد ملك أحد أبويه له وإن علوا، كما يعتق الرقيق بمجرد ملك أخيه أو أخته له، ولو من أب أو أم فقط. والمراد بهذا كله النسب لا الرضاع.

لا إن ملك من يعتق عليه بشراء أو إرث وعليه دين محيط بماله، فيباع في الدين. وأما إن حصل الملك بهبة أو صدقة أو وصية فلا يباع الرقيق في الدين، إن علم المعطي (بالكسر) أنه يعتق على المعطى (بالفتح)[3].

(١) التاج والإكليل ٦/ ٣٢٩- ٣٣٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٢٨- ١٢٩.

هذا هو مشهور المذهب؛ أن عتق القرابة خاص بعمودي النسب والإخوة[(١)]. وبه قال الشافعي في عمودي النسب فقط، لحديث: «لا يَجْزِي ولد والداً إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيُعتقه». أخرجه مسلم عن أبي هريرة مرفوعاً[(٢)]. ونقل ابن المنذر الإجماع على عتق عمودي النسب بمجرد ملك أحدهما للآخر[(٣)]. وقيل يعتق جميع الأقارب المحارم بالنَّسب على من ملكهم، وبه قال أبو حنيفة وأحمد[(٤)]. لحديث سمرة: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر». أخرجه أحمد وأصحاب السنن. وضعفه ابن المديني والبخاري والنسائي، وصححه ابن حزم وعبد الحق، وابن القطان. قاله في التلخيص[(٥)].

ويعتق الرقيق بالحكم ـ لا بمجرد التمثيل ـ إن تعمد سيده مثلة تشينه، أو تعمدها برقيق ولده المحجور، ولو كانت المثلة بقطع بعض أذنه أو خرم أنف، أو قلع سن أو قلع ظفر، أو وسم متفاحش بنار، في أي عضو منه، أو بوجهه ولو بغير نار[(٦)].

وأما إن لم يتعمد المثلة فلا يعتق عليه، ويعلم قصد التمثيل من قرائن الأحوال، وإن اختلفا في العمد والخطإ فالقول قول السيد بيمين[(٧)]. والأصل في ذلك حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من مثل بعبده أو حرقه بالنار فهو حر، وهو مولى الله ورسوله» أخرجه أحمد والطبراني، ورجاله ثقات، وفيه الحجاج بن أرطأة ـ مدلس ولكنه ثقة. قاله في مجمع الزوائد[(٨)].

(١) إكمال الإكمال ٤/ ١٧١ ومغني المحتاج ٤/ ٤٩٩.
(٢) صحيح مسلم ٢/ ١١٤٨.
(٣) الإجماع لابن المنذر ص ١٤٥.
(٤) إكمال الإكمال ٤/ ١٧١ والهداية ٢/ ٥٣ والروض المربع ٢/ ٢٦٦.
(٥) تلخيص الحبير ٤/ ٢١٢.
(٦) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٦٨ـ ٣٦٩.
(٧) المرجع السابق.
(٨) مجمع الزوائد ٤/ ٢٣٩.

وفي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار، أو أصابها بها فأعتقها»(١) .

* * *

وإن أَعْتَقَ مِنْهُ جُزْءاً كُمّلَ عَلَيْهِ إنْ كَانَ البَاقِي لَهُ، وَإلاَّ خُيِّر الشَّرِيكُ، فإِنْ أعْتَقَ، وَإلاَّ قُوِّمَتْ حِصَّتُهُ عَلَى الأَوَّلِ، إنْ ابْتَدَأَ العِتْقَ فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ بإرْثٍ لِمنْ يُعتَقُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ، ومَلَكَاهُ مَعاً. فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً لَمْ يَلزَمْ الشَّرِيك اتباع ذِمَّتِهِ ولَوْ رَضِي وَيُقَوَّمُ كَامِلاً بِمَالِهِ يَوْمَ الحُكم.

* * *

إذا أعتق السيد جزءاً من عبده كمل عليه عتقه بالحكم، لا بنفس عتق البعض، هذا إذا كان العبد كله له، أما إذا كان شركة بينه وبين غيره، وكان المعتق موسراً ـ بقيمة الرقيق أو ببعضها ـ فإن الشريك مخير بين أن يعتق نصيبه ويكون الولاء بينهما. أو يأخذ قيـمة نصيبه من المعتق، وإن امتنع من عتق نصيبه قوِّم الرقيق كاملاً على المعتق، ومعه ماله، قال خليل: «وقوم كاملاً بماله بعد امتناع شريكه من العتق»(٢). أي بتقدير أنه كامل الرق، لأن في تقويم البعض ضرراً على الشريك.

وبه قال الشافعي وأحمد، إلا أنه لا يرى أن للشريك عتق حصته، بل قال إنه إذا أعتق حصته بعد عتق شريكه فإن عتقه لغو(٣).

(١) الموطأ ٢/ ٧٧٦.
(٢) مختصر خليل ص ٢٩٤.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٩٥ والمغني ٩/ ٣٣٤- ٣٣٧.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد قُوِّم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»(١).

وقال أبو حنيفة: يخير الشريك بين ثلاثة أشياء، فإن شاء أعتق، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبد. قاله في الكتاب(٢).

ومعنى استسعاء العبد أن يسعى في فكاك ما بقي فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه لمولاه. قاله في النهاية(٣).

أما إذا كان الشريك المعتق معسراً فإن نصيب شريكه يبقى على الرق إذا لم يعتقه الشريك الآخر. وبه قال الشافعي وأحمد(٤). وقال أبو حنيفة: إذا أعتق الشريك الآخر حصته فذاك، وإلا فيستسعى العبد(٥).

واستدل بحديث أبي هريرة مرفوعاً: «مَن أعتق شقيصاً من مملوكه فعليه خلاصه من ماله، فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل، ثم استُسعِي غير مشقوق عليه». أخرجه الشيخان(٦).

ومحل تقويم الرقيق على المعتق إن ابتدأ العتق، لا إن كان الرقيق حر البعض قبل عتق الجزء فلا يقوم على من أعتق الجزء، ولا إن أُعتق عليه جبراً كإرثه بعض من يعتق عليه من أصل أو فرع وإخوة. فإنه لا يقوم عليه، ولا يعتق جزء الشريك، وكذلك إذا كان الرقيق غير مسلم فإنه لا يقوم على معتق البعض، ولا يعتق جزء الشريك منه، بل يبقى على رقه.

---

(١) الموطأ ٢/ ٧٧٢ وزاد المسلم ٣/ ٩٠- ٩٢.
(٢) اللباب ٣/ ١١٥.
(٣) النهاية ٢/٣٧٠.
(٤) الكافي ٢/ ٩٦٣ ومغني المحتاج ٤/ ٤٩٥ والمغني ٩/ ٣٤١.
(٥) اللباب ٣/ ١١٦.
(٦) زاد المسلم ٣/ ٩٢.

ومحل تقويم الرقيق على معتق البعض ـ كاملاً، إن ملكه الشريكان معاً، لا إن ملكاه في صفقتين، فإن اشترى كل منهم جزءاً مستقلاً به دون شريكه الآخر فلا يقوم كاملاً وإنما يقوم البعض الذي لم يعتق على أن البعض الآخر جزء وفي ذلك نقص لقيمته[1].

وظاهر كلام المصنف ـ تبعاً للأصل ـ أن محل تقويم الرقيق كاملاً أن يكون معتق البعض أعتق بغير إذن شريكه، وأما إن أذن له في العتق فلا يقوم إلا البعض وحده، لكن الصاوي تعقب كلام الدردير فقال: «والحاصل أن المعتق بعضه يقوم على المعتق كاملاً مطلقاً، سواء أعتق بعضه بإذن شريكه أم لا على المشهور من المذهب، وقيل: يقوم عليه نصفه مثلاً على أن النصف الثاني حر. .»[2].

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٥٢٥ـ ٥٢٦.

(٢) المرجع السابق.

فصل في التدبير

التَّدْبيرُ عِتْقٌ عُلِّقَ عَلَى الْمَوتِ لُزُوماً، وَصِيغَتُهُ: دَبَّرْتُ، وَأَنْتَ مُدَبَّر أَوْ حُر عَنْ دُبُرٍ مِني، بِخِلَافِ إِنْ مِتُّ مِنْ سَفَرِي هَذَا أَوْ مَرَضِي، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَوَصِيَّةٌ إِنْ لَمْ يُرِدْهُ، وحَمْلُ الْمُدبرةِ تابعٌ.

ولِلسَّيدِ نَزْعُ مَالِ الْمُدَبَّرِ إِنْ لَمْ يَمْرَضْ، وَرَهْنُهُ، لَا إِخْرَاجُهُ لِغَيْرِ حُرِّيةٍ، وَفُسِخَ إِنْ لَمْ يُعْتِقْهُ مَنْ صَارَ إِلَيْهِ. وعتقَ بموتِ سَيِّده إن حَمَلَه الثلثُ وإلا فما حملَ وَيُبطله ما سبقه من الدين إن كان السيِّد حياً وإلا فمطْلَقاً وله حكم الرق كَالْمُبَعَّضِ وللغَرِيم رده في حياة السيِّد المحاط بدينٍ سابِق.

* * *

التدبير عتق معلق على الموت، من مكلف رشيد على وجه اللزوم، بصيغة صريحة، وهي قول المالك: دبرت عبدي أو خاطبه بقوله: أنت مدبر، أو أنت حر عن دُبر مني، لا إن قال له: إن مت من مرضي أو في سفري هذا فأنت حر، ولم ينو تدبيره بذلك فإنه يعتبر وصية غير لازمة، بمعنى أن له الرجوع فيها[1].

(١) الشرح الصغير ٤/٥٣٢ - ٥٣٣.

وإذا دبـر أمة حاملاً فإن حملها تابع لها في التدبير، ففي الموطإ: «قال مالك في مدبرة دُبِّرتْ وهي حامل: إن ولدها بمنزلتها»[١].

ولسيد المدبر نزع ماله، إن لم يمرض السيد مرضاً مخوفاً، وإلا فليس له نزعه، مالم يشترط نزعه وقت التدبير في المرض وغـيره فله ذلك. وللسيد رهن رقبة المدبر ليباع للغرماء في الدين، إن كان الدين سابقاً للتدبير، أما إن تأخر الدين عن التدبير فإنما يجوز له رهنه ليباع بعد موت السيد حيث لا مال له[٢].

ولا يجوز للسيد إخراج المدبر عن ملكه لغير حرية كهبة أو بيع، فإن باعه أو وهبه فسخ البيع والهبة إن لم يعتقه من صار إليه.

ويبطل التدبير دَينٌ محيط بمال المدبر سبق التدبير، ولو في حياة السيد، كما يبطله الدين المحيط مطلقاً بعد وفاة السيد، قال الأجهوري:

«ويُبـطِل التـدبيـرَ دَيْنٌ سَبَـقـا إن سَيِّـدٌ حيًّا وإلاَّ مُـطلقـا»[٣]

وفي حال عدم بطلان التدبير فإن المدبر يعتق بعد موت سيده الذي دبره، وبعد معرفة ماله - إن حمله الثلث فإن لم يحمل الثلث إلا بعضه عتق ذلك البعض، وبقي البعض الآخر رقيقاً[٤].

والأصل في منع بيع المدبر إلا لدين محيط بمال سيده - عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في المدبر أن صاحبه لا يبيعه ولا يُحوله عن موضعه الذي وضعه فيه، وأنه إن رهِق سيدَه دين، فإن غرماءه لا يقدرون على بيعه ما عاش سيده، فإن مات سيده ولا دين عليه فهو في ثلثه»[٥].

---

(١) الموطأ ٢/ ٨١٠.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٥٣٤- ٥٣٥.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٤٧.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الموطأ ٢/ ٨١٤.

ثم قال: «وإن مات سيد المدبر ولا مال له غيره عتق ثلثه، وكان ثلثاه لورثته، فإن مات سيد المدبر وعليه دين محيط بالمدبر بيع في دينه، لأنه إنما يعتق في الثلث»[1] اهـ.

وقال الشافعي: يجوز للسيد بيع المدبر مطلقاً[2]. لما في الصحيحين عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر ولم يكن له مال غيره، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «من يشتريه مني؟» فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائه درهم»[3].

واستدل مالك بهذا الحديث على جواز بيع المدبر لدين لأن فيه رواية أخرى بلفظ: «أعتق رجل من الأنصار غلاماً له عن دبر، وكان محتاجاً وكان عليه دين، فباعه رسول الله ﷺ بثمانمائة درهم فأعطاه، فقال: «اقض دينك وانفق على عيالك» رواه النسائي[4].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع المدبر مطلقاً[5] لحديث: «المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حر من الثلث». أخرجه الدارقطني، ووضعفه[6].

ولأحمد ثلاث روايات: إحداها أنه يباع مطلقاً واعتمدها في الإنصاف، والثانية لا يباع مطلقاً، والثالثة: يباع في الدين، وعليها اقتصر الخرقي[7].

وللمدبر حكم الرقيق في خدمته وعدم قبول شهادته وغير ذلك إلى أن يموت سيده فيعتق فيما وجد بعد التقويم.

وللغريم رد تدبيره في حياة سيده إن أحاط به دين سبقه[8].

---

(١) الموطأ ٢/ ٨١٤.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٥١٢.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٩٤.
(٤) نيل الأوطار ٦/ ٢١٢.
(٥) اللباب ٣/ ١٢٠.
(٦) سنن الدارقطني ٤/ ١٣٨.
(٧) الإنصاف ٧/ ٤٣٧- ٤٣٨ والمغني ٩/ ٣٩٣.
(٨) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٤٧.

أحكام الكتابة

نُدبتْ كِتَابَةُ مَنْ طَلَبَهَا، وَهِيَ عِتْقٌ عَلَى مَالٍ مُؤَجَّلٍ مِنَ الْعَبْدِ مَوقُوف على أدَائِهِ، وَصِيغَتُهَا كَاتَبْتُكَ بِكَذاوَنَحْوِهِ،وَجَازَ بَيْعُ جُزْءٍ مِنْها كَالْجَميع فَإن وَفَى فَالوَلاءُ لِلأَوَّلِ وَإلاَّ رُقَّ.

* * *

تندب مكاتبة الرقيق إن طلبها، لقوله تعالى: ﴿ وَالذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً ﴾[1] وهي، أي الكتابة - عتق على مال من العبد، يدفعه منجماً لسيده ويتوقف عتقه على دفع جميعه، وصيغتها: كاتبتك بكذا أو بعتك نفسك بكذا، أو أنت مكاتب على كذا، ولو لم يذكر التنجيم، لأنها تصح دون ذكره، مع أنه لازم[2].

وباستحباب المكاتبة وتنجيمها قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[3].

وجاز بيع كتابة المكاتب، وبيع جزء منها معين، ففي المدونة: «لا بأس ببيع كتابة المكاتب، إن كانت عيناً، فبعرض نقداً، وإن كانت عرضاً

(١) النور ٣٣.

(٢) الشرح الصغير ٤/ ٥٤١ـ ٥٤٤.

(٣) اللباب ٣/ ١٢٧ ومغني المحتاج ٤/ ٥١٦ والمغني ٩/ ٤١١.

فبعرض مخالف أو بعين نقداً، وما تأخر كان ديناً بدين». نقله عق[1].

وفي حالة بيع الكتابة أو جزء منها، فإن وفي المكاتب ما عليه للمشتري إن بيعت كلها ـ أو وفى البعض الذي بيع ـ للمشتري وأدى الباقي للسيد ـ عتق، وإن لم يوف ما عليه رق للمشتري جميعه، حيث اشترى الكتابة كلها، وفي حال شراء البعض رق المكاتب مشتركاً بين البائع والمشتري[2]. وإن أدى المكاتب لمشتري كتابته ـ ما عليه وعتق فإن ولاءه للبائع الذي عقد كتابته لا للمشتري. والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، قاله مالك في الموطإ[3].

ولا يرجع المكاتب رقيقاً وقناً، إلا إذا عجّزه الحاكم، سواء بيعت الكتابة أو لم تبع، فإن عجز عن الكتابة كلها أو بعضها وعجَّزه الحاكم رجع قناً، وحل لسيده ما أخذ منه في حال عجزه، لأن المال له، إذ مال العبد لسيده[4].

والأصل في ذلك ما في الموطإ «عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء» وعن مالك أيضاً أنه بلغه أن عروة بن الزبير وسليمان بن يسار كانا يقولان: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء: قال مالك: وهو رأيي»[5]. قال الحافظ: «ورواه ابن قانع من طريق أخرى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. وأعله»[6].

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٥١.
(٢) الشرح الصغير ٤/٥٤٦ ـ ٥٤٧.
(٣) الموطأ ٢/ ٧٩٨.
(٤) شرح زروق على الرسالة ٢/ ١٧٦.
(٥) الموطأ ٢/ ٧٨٧.
(٦) تلخيص الحبير ٤/ ٢١٦.

باب في أحكام أم الولد

أُمُّ الْوَلَدِ هي الحُرُّ حَمْلُهَا مِنْ وَطْءِ مَالِكِهَا، وتُعتَقُ مِنْ رأسِ مالِـهِ إِنْ أَقَرَّ بِوَطْءٍ لَمْ يُسْتَبْرَأْ بَعْدَه، وَوُجِدَ الْوَلَدُ أَوْ ثَبَتَ إِلقاءُ عَلَقَةٍ فَفَوْق، وَلوْ بِامْرَأَتَيْن. وَلَا يَـرد عِتْقَهَا دَيْنٌ سَبَقَ أَوْ كَوَطْءٍ بَيْنَ فَخِذَيْن إنْ أَنْزَلَ. ولهُ فيها قَليلُ الْخِدمةِ وَالكَثيرُ في وَلدِهَا الحـادث بَعْدَ أن صَارَتْ أُم وَلد من غيرِهِ وانتزَاعُ مالها إن لم يَمْرضْ وَآسْتِمتاعُ بها كَالمُدَبَّرةِ، لا مُكاتَبةٍ وَمُبَعَّضةٍ.

* * *

أمُّ الولد هي الأمة الحر حملُها مِن وطءِ سَيِّدِها، وَهِيَ حُرَّةٌ بَعد مَوت سيدها، تعتق من رأس ماله لا من الثلث. وذلك إذا أقر السيد بوطئها في طهر لم يستبرأ بعده، ووجد الولد حياً أو ميتاً، أو ثبت بعدلين ولو امرأتين - إلقاؤه علقة فما فوقها.

ولا يرد عتقها دين محيط بمال السيد الميت قبل الحمل وأولى بعده، ولا يندفع الحمل عن السيد بعزل، ولا بوطء بدبر أو وطء بين الفخذين إن

أنزل، شرط فيما تقدم، وإن أنكر الإنزال صدق بيمين ولا يلحق به الحمل(١).

ولسيد أم الولد قليل الخدمة، حيث تكون أقل من خدمة القن، وأعلى من خدمة الزوجة المتقدم ذكرها وله كثير الخدمة في ولدها من غيره الحادث بعد الاستيلاد، وله نزع مالها إن لم يمرض مرضاً مخوفاً، وله الاستمتاع بها ولو مرض، وله ذلك في المدبرة، بخلاف المكاتبة والمبعضة(٢).

والأصل في حرية أم الولد حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «من وطىء أمته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه، أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم والبيهقي، وله طرق. وفي إسناده الحسين بن عبد الله، وهو ضعيف جداً وقد رجح جماعة وقفه على عمر»(٣). وأخرجه مالك في الموطإ موقوفاً على عمر بن الخطاب بلفظ: «أيما وليدة ولدت من سيدها، فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها، وهو يستمتع بها، فإذا مات فهي حرة»(٤).

وبه قال الثلاثة، مع اختلافهم في تحديد حالة الحمل الذي تصير به أم ولد، فالشافعي قال: لا بد أن يكون ما ألقته مضغة تظهر فيها صورة آدمي. ولا تكون عنده أم ولد بإلقاء العلقة، وكذا أحمد فلا تكون أم ولد عنده، إلا إذا وضعت من السيد ما يتميز فيه بعض خلق إنسان.

وقال الثلاثة: إن للسيد كثير الخدمة في أم الولد، وله إجارتها، خلافاً لمالك(٥).

أما جواز الوطء بملك اليمين فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالذِينَ هُمْ

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٥٥٩ ـ ٥٦٠.

(٢) المرجع السابق ٤/٥٦٤ والمنتقى ٦/٢٦٩.

(٣) نيل الأوطار ٦/ ٢٢١.

(٤) الموطأ ٢/ ٧٧٦.

(٥) مغني المحتاج ٤/ ٥٣٨ـ ٥٤٣ والانصاف ٧/ ٤٩٠.

لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُم فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[1].

* * *

وَإِنْ وَطِىءَ شَرِيكٌ مُوسِرٌ بِإِذْنٍ أَوْ حَمَلَتْ لَزِمَتْ الْقِيمَةُ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ وَلَمْ تَحْمِلْ فَلِلآخِرِ التَّمَاسُكُ بِنَصِيبِهِ إِنْ شَاءَ أَوْ الْقِيمَةُ.

وَإِنْ كَانَ الْوَاطِىءُ مُعْسِراً أُذِنَ لَهُ فَحَمَلَتْ، فَلَيْسَ إِلَّا اتِّبَاعُهُ بِقِيمَتِهَا فَقَطْ. فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ أَوْ حَمَلَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَلِلآخِرِ التَّمَاسُكُ بِنَصِيبِهِ وَالاتِّبَاعُ بِنَصِيبِهِ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ، وَإِلَّا أُمِرَ بِبَيْعِهَا، فَإِنْ وَفَى الثَّمَنُ بِنَصِيبِهِ مِنْهَا وَمِنْ الْوَلَدَ وَإِلَّا اتَّبَعَهُ بِالْبَاقِي.

* * *

إذا وطىء شريك أمة مشتركة فحملت قومت عليه مطلقاً، وغرم لشريكه قيمة نصيبه إن أيسر وإلا اتبعه بها. وكذلك إذا لم تحمل وأذن له في الوطء وكان الواطىء موسراً فإنها تقوم عليه ويغرم لشريكه قيمة حصته. وتعتبر القيمة يوم الوطء في حال الإذن في الوطء.

أما إذا لم يأذن الشريك في الوطء ولم تحمل فإن كان الواطىء موسراً فإنه يغرم لشريكه قيمة نصيبه، وإن كان معسراً خير الشريك بين إبقاء الأمة

(1) المؤمنون ٥ ـ ٦.

للشركة، متمسكاً بنصيبه منها، وبين أخذ قيمة حصته منها، ولو أدى ذلك إلى بيع الأمة على الواطىء.

وإن حملت في حال عدم الإذن في الوطء وعسر الواطىء، خير الشريك الآخر بين إبقائها للشركة واتباع الواطىء بقيمة الولد، أو بيع حصته منها مع اتباعه للواطىء بقيمة الولد[1].

وفي حال تقويم الأمة على الواطىء واتباع الشريك له بنصيبه من القيمة، أو بيع نصيب الشريك منها لغير الواطىء فإنه إذا كانت القيمة تزيد على الثمن الذي بيع به نصيب الشريك فإنه يتبع الواطىء بما تبقى من القيمة، وإن كانت القيمة أقل من الثمن فلا يباع من الأمة إلا قدر ما يفي بثمن نصيب غير الواطىء، ويبقى باقيه بحساب أم الولد للواطىء[2].

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٥٦٧ـ ٥٦٩.
(٢) جواهر الإكليل ٢/ ٣١٤.

بابٌ في الولاء

الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ، وَهُوَ لِمَنْ أعتق أو أُعْتِقَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ، ثُمَّ لِلأَقْرَبِ مِنْ عَصَبتِهِ بالنَّسَبِ، ثُمَّ الْوَلَاءِ. وَمَنْ أَعْتَقَ أَمَةً فَلَهُ وَلَاءُ أوْلَادِها إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍ، فَلَوْ جَاءَتْ مُعتقَتُكَ بولَدٍ لَا نَسَبَ لَهُ من حر فَلَكَ وَلَاؤُهُ إنْ لَم يَمَسَّهُ رِقٌّ مِنْ غَيْرِكَ، فَإِذَا عَتَقَ جَدُّهُ فَلِمُعْتِقِهِ وَلَاؤُهُ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَهُ أبُوهُ انْتَقَلَ لِمُعْتِقِ الأَبِ. وَلَا وَلاءَ لأُنْثَى إلَّا أنْ تُبَاشِرَ الْعِتْقَ أو يَنْجَرَّ إِلَيْهَا بِوَلَاءِ مَنْ أَعْتَقَتهُ أَوْ أَعتقَه مُعْتَقُهَا.

* * *

«الولاء لُحمة كلحمة النسب. .» إلخ حديث صحيح أخرجه الشافعي، وصححه ابن حبان والحاكم عن ابن عمر مرفوعاً، وأصله في الصحيحين بغير هذا اللفظ قاله الحافظ[1].

ومعناه: «المخالطة في الولاء وأنها تجري مجرى النسب في الميراث،

(١) بلوغ المرام ص ٢٩٤.

كما تخالط اللحمة سَدى الثوب، حتى يصيرا كالشيء الواحد، لما بينهما من المداخلة الشديدة». قاله في النهاية[١].

وهو ـ أي الولاء ـ لمن أعتق رقبة بنفسه، أو أعتقها غيره عنه وإن لم يأذن وإن كان العتق عن ميت فالولاء لورثته.

والأصل في أن الولاء لمن أعتق ـ ما أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها، فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاءها لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «لا يمنعنك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق»[٢]. وفي الحديث أيضاً دليل على أن المرأة لها الولاء إذا باشرت العتق.

ثم بعد موت المعتق يكون الولاء لعصبته: الأقرب فالأقرب، وقدم عاصب النسب ثم عاصب الولاء، فالمولى الأسفل يرثه الأقرب إليه بالنسب إن كان حراً، فإن لم يكن له عاصب نسب، يرثه معتِقه ثم عصبته.

ومن أعتق أمة فله ولاء أولادها إن لم يكن لهم نسب من حر، بأن كان أبوهم عبداً أو كانوا أولاد زنى، فإن كان أبوهم عبداً وعتق جدهم انتقل ولاؤهم لمعتِق الجد ثم لعصبته فإن عتق الأب بعد عتق الجد انتقل الولاء ـ عن معتق الجد ـ لمعتق الأب[٣].

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي: «عن عمر رضي الله عنه قال: إذا تزوج المملوك الحرة فولدت، فولدها يعتقون بعتقها ويكون ولاؤهم لمولى أمهم فإذا أعتق الأب جر الولاء»[٤].

---

(١) النهاية ٤/ ٢٤٠.

(٢) الموطأ ٢/ ٧٨١ وتلخيص الحبير ٤/ ٢١٣.

(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٧٣- ١٧٤ والشرح الصغير ٤/٥٧٣ ـ ٥٧٦.

(٤) السنن الكبرى ١٠/ ٣٠٦.

ولا ولاء لأنثى إن لم تباشر العتق بنفسها أو تجره لها ولادة، فإذا أعتقت المرأة ذكراً فلها ولاؤه وولاء أولاده الذكور والإناث وولاء أولاد الذكور ذكوراً كانوا أو إناثاً. وإذا ماتت المرأة المعتقة انتقل الولاء لأبنائها، فإذا ماتوا لم ينتقل الولاء لأبيهم، لأنه ـ وإن كان عصبةً لأبناء المعتقة ـ فليس عصبة للمعتِقة نفسها[1].

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ١٧٣ـ ١٧٤ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/٥٧٦ ـ ٥٧٧.

كتابِ الوصية

الوصِيةُ مندُوبَةٌ، وَتجب في حَقٍّ لِلغيرِ تَوقَّفَ الْعِلْمُ بِهِ عَلَيهَا فتصحُّ مِن الحُرِّ المَالِكِ إن مَيَّز، لمن صَحَّ تَمَلُّكُهُ وإن كمَجسدٍ أو مَن سَيُوجَدُ إِنِ استهَلَّ، وشَرطُ الصِّحةِ واللُّزُومِ في الرشيد المعينِ القبولُ بعد الموتِ، وصيغتُها ما دَلَّ.

* * *

الوصية عرفها ابن عرفة بقوله: «عقد يوجب حقاً في ثلث عاقد يلزم بموته أو نيابة عنه». وعرفها بعض الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الشرع[1].

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[2] وقوله عز وجل: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[3] وقوله ﷺ: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين، إلا ووصيته عنده مكتوبة».

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٥٢٨.
(٢) النساء ١١.
(٣) النساء ١٢.

أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما. وفي رواية لمسلم «له شيء يريد أن يوصي فيه»(1).

وحكمها الندب إذا كانت تبرعاً والموصي غني، وحكمها الوجوب إذا كانت بحق واجب للغير ويتوقف ثبوته على الموصي مثل مَن عليه حق بغير بينة، أو لديه أمانة بغير إشهاد. وبه قال الثلاثة، وحكى ابن عبد البر الإجماع عليه(2).

وقال ابن حزم: إنِ الوصية للقرابة الذين لا يرثون، فرض على من ترك مالاً. واستدل بآية: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الموتُ إن تَرَكَ خيراً الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ... ﴾(3) وقال: إن من مات وترك مالاً ولم يوص وجب التصدق عنه بما تيسر(4). لحديث أبي هريرة أن رجلاً قال للنبي ﷺ: «إن أبي مات وترك مالاً ولم يوص فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال: «نعم» أخرجه مسلم(5).

وحجة الجمهور أن الآية منسوخة، قال ابن العربي: «والصحيح نسخها، وأنها «أي الوصية، مستحبة إلا فيما يجب على المكلف بيانه، أو الخروج بالأداء عنه»(6) اهـ.

وتصح الوصية من حر مالك لما يوصي به ملكاً تاماً، وإن سفيهاً أو صبياً مميزاً، لما في الموطإ: «عن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم، من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم

---

(1) الموطأ 2/ 761 وبلوغ المرام ص 198 وصحيح مسلم 3/ 1249.
(2) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 4/ 579 والهداية 4/ 231 والمغني 6/ 1-2.
(3) البقرة 180.
(4) المحلى 9/ 312- 314.
(5) صحيح مسلم 3/ 12.
(6) أحكام القرآن 1/ 71.

له، قال عمر بن الخطاب: فليوص لها. فأوصى لها بمال يقال له: بئر جشم. قال عمرو بن سليم: فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم».

وقد ترجم مالك لهذا الأثر بباب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه». ثم حكى إجماع أهل المدينة على ذلك(١).

وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي - في أصح قوليه -: تصح وصية السفيه، ولا تصح وصية الصبي، وبه قال ابن حزم(٢).

وتصح الوصية لكل من يصح تملكه لما يوصي له به، ولو حكماً كمسجد ومدرسة، وصرف في مصالحهما. وتصح الوصية لمن سيولد من حمل مستقر في الرحم، أو من سيوجد من حمل في المستقبل، فيستحقها إن استهل صارخاً بحيث تتحقق حياته(٣).

وعند الشافعي وأحمد: تصح الوصية لحمل موجود في الرحم، أما من سيوجد من حمل في المستقبل فلا تصح له الوصية عندهما. فإذا كانت المرأة فراشاً لزوج أو لسيد يطؤها، وأتت بولد لدون ستة أشهر صحت له الوصية، أما إن انفصل الولد لستة أشهر فأكثر فإنه لا يستحق الوصية.

وأما إن لم تك المرأة فراشاً لزوج أو سيد، بأن كانت الزوجة بائناً أو كانت الأمة غير فراش لسيدها في الحال فإنها إن أتت بولد لأقل من أربع سنين، من يوم الفراق استحق الوصية وإلا فلا يستحقها(٤).

وعند أبي حنيفة تصح الوصية للحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، وإلا فلا تصح له، إلا إذا كانت معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة، فولدت لسنتين منذ طلقها أو مات عنها زوجها فللولد الوصية(٥).

---

(١) الموطأ ٢/ ٧٦٢.
(٢) المبدع ٦/ ٥- ٦ ومغني المحتاج ٣/ ٣٩ والهداية ٤/ ٢٣٤ والمحلى ٩/ ٣٣٠.
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٥٨١.
(٤) مغني المحتاج ٣/ ٤١ والمبدع ٦/ ٣٦.
(٥) الهداية ٤/ ٢٣٥ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥- ٣٣٦.

وشرط وجوب الوصية للرشيد المعين وتنفيذها له ـ قبوله لها بعد موت الموصي، ولا عبرة بقبول الموصى له قبل الموت ولا برفضه لها في حياته، إذا قبلها بعد الموت، لأن المعتبر هو ما بعد الموت(١).

وبه قال أبو حنيفة وأحمد والشافعي(٢).

وصيغة الوصية: هي ما دل عليها من لفظ صريح كأوصيت، أو كتابة أو إشارة مفهمة، ولو من قادر على نطق. قال ابن عرفة: «الصيغة ما دل على تعيين الوصية، فيدخل اللفظ والكتابة والإشارة». نقله البناني(٣).

تنبيـــه: تصح الوصية للكافر غير الحربي، وبه قال أبو حنيفة(٤)، وقيل تصح للكافر مطلقاً ولو حربياً، وهو مشهور مذهبي الشافعي وأحمد(٥).

* * *

وبَطَلَتْ لِوَارِثٍ أَوْ بِزَائِد عَلَى الثُّلث، فَإِنْ أُجيزَ فهِبَةٌ، وَبِرُجُوعٍ عَنْهَا بِقَوْلٍ أَوْ تَصَرُّفٍ وإن بِنسج غَزْلٍ أَوْ تخليصِ حبٍّ زَرْعٍ، وَبِتَعْلِيقٍ عَلَى مَا لَمْ يَقَعْ، لاَ بِرَهْنٍ وَتَزوِيجٍ وبَيْعٍ، فَرَجَعَ لَهُ، وَالْعِبْرَةُ في الوَارِثِ المَآلُ.

* * *

(١) الشرح الصغير ٤/ ٥٨٣.
(٢) الهداية ٤/ ٢٣٣ والمبدع ٦/ ١٩ والمهذب ١/ ٤٥٢.
(٣) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ٨/ ١٧٦.
(٤) الشرح الصغير ٤/ ٥٨٢ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٤١.
(٥) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٥٨٣ ومغني المحتاج ٣/ ٤٣ والمغني ٦/ ١٠٤.

تبطل الوصية لوارث لحديث أبي أمامة الباهلي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث». رواه أحمد والأربعة إلا النسائي، وحسنهُ أحمد والترمذي، وقواه ابن خزيمة وابن الجارود، ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس، وزاد في آخره: «إلا أن يشاء الورثة». وإسناده حسن. قاله الحافظ(١).

وعليه عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: السنة الثابتة عندنا، التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث، إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت، وأنه إن أجاز له بعضهم، وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه من ذلك»(٢).

كما تبطل الوصية بزائد على ثلث مال الموصي، لما في الموطإ والصحيحين واللفظ لهما: «عن سعد بن أبي وقاص، قال: قلت يا رسول الله: أنا ذو مال كثير، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بشطره؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: «الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»(٣).

وإن أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعضهم، أو ما زاد على الثلث لغير وارث ـ فيكون ذلك ابتداء عطية منهم لا أنه تنفيذ لوصية الموصي. وعلى أنه عطية فلا بد فيها من قبول الموصى له، ولا تتم إلا بالحيازة قبل حصول مانع للمجيز. قاله عق. قال البناني: عند قول خليل: «وإن أجيز فعطية». «أبو الحسن: هذا هو المشهور، وهو مذهب المدونة. قال في التوضيح: وذهب ابن القصار وابن العطار ـ وهو الذي نقله أبو محمد والباجي عن المذهب ـ

(١) بلوغ المرام ص ١٩٩.
(٢) الموطأ ٢/٧٦٥.
(٣) الموطأ/ ٢/ ٧٦٣ وبلوغ المرام ص ١٩٨.

أنه ليس كابتداءعطية، وإنما هو تنفيذ لما فعله الميت. . »[1].

وما نقل عن الباجي ذكره في المنتقى ونصه: «فإذا أوصى الميت بأكثر من الثلث فأجازته الورثة جاز، ويكون ذلك تنفيذاً منهم لفعل الموصي، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له، خلافاً للشافعي في قوله إنها ابتداء عطية»[2]. .

وما عزا الباجي للشافعي هو أحد قوليه قال في المنهاج: «وإن أجاز فإجازته تنفيذ، وفي قول عطية مبتدأة». والقول بأن الإجازة تنفيذ لا هبة هو مذهب أبي حنيفة وأحمد[3].

وسواء كان للميت وارث أم لا، فلا يصح أن يوصي بأكثر من الثلث، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأحمد في أصح روايتيه: يصح أن يوصي بماله كله إن لم يكن له وارث[4]. وقال ابن حزم: «لا تصح الوصية لوارث بأي حال، ولا لغيره بما زاد على الثلث، ولو أجاز ذلك الورثة فيها»[5].

وتبطل الوصية برجوع الموصي عنها، سواء كان الرجوع في صحته أو في مرضه، لأنها عقد غير لازم، والأصل في ذلك عمل أهل المدينة قال مالك في الموطإ: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته أو مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدا له، ويغير من ذلك ما شاء حتى يموت». ثم قال: إلا أن يدبر مملوكاً، فإن دبر فلا سبيل لتغيير ما دبر»[6].

(١) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ٨/ ١٧٩.
(٢) المنتقى ٦/ ١٥٧.
(٣) الهداية ٤/ ٢٣٢ والمبدع ٦/ ١١ ومغني المحتاج ٣/ ٤٧.
(٤) المنتقى ٦/ ١٥٦ والمغني ٦/ ١٠٧.
(٥) المحلى ٩/ ٣١٧.
(٦) الموطأ ٢/ ٧٦١.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد والشافعي، ونقل ابن قدامة الإجماع عليه[1].

والرجوع عن الوصية يكون بقول صريح، كرجعت عن وصيتي أو أبطلتها، أو بتصرف في الموصى به كعتق الرقيق واستيلاد الجارية وكتفصيل شقة أو درس حب أوصى به في سنبله[2].

وتبطل الوصية بتعليقها على شيء ولم يقع، كأن يوصي بكذا إن مات في مرضه أو في سفره هذا ـ ولم يمت في ذلك المرض أو السفر، فتبطل لعدم وقوع المعلق عليه، ومحل بطلانها إن لم يكتبها أو كتبها ولم يخرج كتابها أو أخرجه ثم استرده، وإلا فلا. وتبطل الوصية بردة الموصي، وبمعصية أوصى بها أو بمال لتنفيذها. ولا تبطل الوصية برهن الموصى به ولا بتزويجه أو بيعه رقيقاً أوصى به ثم رجع له بذاته بنحو شراء[3].

ولا تبطل الوصية إن أوصى بثلث ماله أو أقل، ثم باع جميع ماله أو بعضه، ثم أخلفه بمال آخر، ولا تبطل إن أوصى بشيء لأحد ثم أوصى به لآخر فيشتركان فيه. ففي المدونة: «من أوصى بشيء معين لرجل، من دار أو ثوب أو عبد ثم أوصى بذلك لرجل آخر، فهو بينهما». نقله المواق[4].

وإن أوصى لوارث أو غير وارث فتغير الحال الأول فالمعتبر المآل. فإذا أوصى لأخ وارث وقت الوصية ثم طرأ له ابن وتوفي عنهما، أو أوصى لأجنبية لا ترثه ثم تزوجها ومات وهي في عصمته، فتصح الوصية للأخ لأنه لا يرثه مع ابنه، ولا تصح الوصية للمرأة التي أصبحت زوجة، لأنها ترثه. قال خليل: «والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآله»[5].

---

(١) الهداية ٤/ ٢٣٥ ومغني المحتاج ٣/ ٧١ والمغني ٦/ ٦٦.

(٢) الشرح الصغير ٤/ ٥٨٧.

(٣) المرجع السابق ٤/ ٥٨٧ـ ٥٨٩.

(٤) التاج والإكليل ٦/ ٣٧٢.

(٥) مختصر خليل ص ٣٠٣.

ومن أوصى للفقراء أو المساكين دخل المسكين في الفقراء، ودخل الفقير في المساكين، نظراً للعرف، فمتى أطلق أحدهما شمل الآخر(١).

ومن أوصى لأهله أو أقاربه دخل فيهم أقارب الأم إن لم يوجد له أقارب لأب يوم الوصية، فإن كانوا له فلا يدخل أقارب الأم.

قال ابن رشد: «من أوصى لأقاربه بثلث ماله، فإن لم يكن له يَوْمَ أوصى قرابة من قبل أبيه، فهي للقرابة من قبل أمه اتفاقاً». نقله في جواهر الإكليل(٢).

وقيل: إن الأقارب من جهة الأم يشتركون مع الأقارب من جهة الأب، لا فرق بينهما. نقل ذلك المواق عن الباجي وعزاه الباجي لمالك وأشهب(٣).

* * *

وَلزِم إجازةُ الوارِثِ، بِمَرضٍ لم يصِحَّ بَعدهُ إلا لِعذْرٍ ومِنه الجهلُ من أهلِه، وهي ومُدبَّرُ المَرضِ فيما عَلِمَ لا فيما أقر به أو لوارثٍ فبَطل، وَنُدبَ تسميةٌ وثناءٌ، ولا بد مِنَ الإشْهادِ، وَيَكفِي إيراؤه الشُّهود مَعَ قول: اشْهَدُوا، لاَ إن لَّم يَقُلْ وَلَو قَرأها أو كانت بخَطِّه.

* * *

إذا أوصى شخص لوارثه أو أوصى لغير وارث بما زاد على الثلث وأجازه الوارث لزمته، أي الوارث تلك الإجازة إن كانت بمرض مخوف قائم

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٣٢.

(٢) جواهر الإكليل ٢/ ٣٢٠.

(٣) التاج والإكليل ٦/ ٣٧٣.

للموصي، لم يصح بعده، بل استمر عليه حتى مات منه ولو بعد حين. إلا إذا كان للمجيز عذر بيِّن في إجازته ككونه في نفقة الموصي، وخاف أن يقطع نفقته عنه إذا لم يجز وصيته.

ومن العذر البين أن يدعي الوارث المجيز أنه يجهل أن له رد الوصية المذكورة، والحال أن مثله يجهل ذلك، ويحلف على ما ادعى، فيقسم: بالله الذي لا إله إلا هو إني لا أعلم حين الإجازة أن لي رد الوصية(١).

والوصية الواقعة في المرض أو الصحة والمدبر الذي وقع تدبيره بمرض مات الموصي منه ـ لا يدخلان إلا فيما علمه الموصي من ماله، سواء علمه بعد الوصية أو التدبير أو قبلهما. أما المال الذي صار للموصي بغير علم منه، فإنهما لا يدخلان فيه، لأنهما لا يكونان في المجهول(٢).

ولا تدخل الوصية فيما أقر به الموصي في صحة أو مرض فبطل ـ كأن يقر به لزوج بمرض أو لصديق ملاطف، ولا فيما أوصى به لوارث ولم يجزه بقية الورثة(٣).

وندب كتابة الوصية، لحديث ابن عمر المتقدم: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة». ويندبُ أن تبدأ بالبسملة والثناء على الله عز وجل بالحمد لله رب العالمين لحديث: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله أقطع». رواه ابن ماجه والبيهقي وأشار السيوطي في الجامع الصغير ـ لحسنه(٤).

ولا بد من الإشهاد على الوصية، فلو وجدت وصية بخط الموصي

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٥٩٥ـ ٥٩٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) جواهر الإكليل ٢/ ٣٢٤ـ ٣٢٥.

(٤) الموطأ ٢/ ٧٦١ وزاد المسلم ٢/ ٢٦٤ـ ٢٦٦.

وثبت أن الخط خطه ولم يكن هناك إشهاد، أو قرأها على الشهود ولم يقل لهم: اشهدوا ـ فلا تصح، لأنه قد يكتب ولا يعزم، أما إن كتبها وأراها الشهود وقال لهم: اشهدوا عليها فإنها تصح. كما تصح إن قرأها عليهم وقال: اشهدوا عليها(١).

ونحوه للشافعي، فلا تكفي الكتابة وحدها عنده، بل لا بد، عنده من الشهادة على الوصية، قال النووي عند الحديث المتقدم: «ما حق امرىء مسلم» إلخ ما نصه: «وأما قوله ﷺ: «ووصيته مكتوبة عنده» فمعناه: مكتوبة وقد أشهد عليه بها، لا أنه يقتصر على الكتابة، بل لا يعمل بها ولا تنفع إلا إذا كان شهد عليه بها، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور»(٢) اهـ.

أما أحمد فلا يشترط الإشهاد ولا الشهادة على الوصية فتكفي عنده الكتابة وحدها، قال الخرقي: «ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها»(٣) اهـ.

* * *

وَتَعُمُّ الْوَصِيَّةُ إن أُطْلَقَ فإن خَصَّ أو قَيَّد عُمِلَ عَلَيْهَا. وإنَّمَا يُوصِي عَلَى الْمَحْجُور أبٌ رَشِيدٌ أو وَصِيهُ أوْ أمٌّ في ابْنٍ لَا وَلِيَ لَهُ فِي مَالٍ قَلَّ، وَوُرِثَ عَنْهَا.

* * *

(١) المنتقى ٦/١٤٧ والشرح الصغير ٤/ ٦٠١ ـ ٦٠٢.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٧٥ـ ٧٦.
(٣) المغني ٦/ ٦٩.

إذا أطلق الموصي في وصيته، بأن قال: اشهدوا أن فلاناً وصيي، ولم يزد على هذا اللفظ فإنه يعم جميع الأشياء، فيتناول المال والأولاد، فيزوج الصغيرة بشروطها، والكبيرة بإذنها.

وأما إن خص وصيته، بأن قال: فلان وصيي على كذا لشيء خصه كأبنائه دون بناته، او وصيي حتى يقدم فلان، فإن الوصية تكون خاصة بما سمي، وبالفترة التي حدد لها[1].

وإنما تصح الوصية على محجور لصغر أو سفه أو جنون ـ من أب رشيد، أو وصي لأب، لأن الوصي بمنزلة الأب، فله الإيصاء على الأولاد الذين كان وصياً عليهم، قال المواق: «من المدونة: تصح وصية الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته، وإن مات الموصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك، وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره، بخلاف مقدم القاضي»[2] اهـ.

كما يجوز للأم أن توصي على ولدها بثلاثة شروط، وهي: أن يكون الولد الذي تريد أن توصي عليه لا ولي له، وأن يكون المال الموصى فيه قليلاً، لا يتجاوز ستين ديناراً، وأن يكون المال قد ورث عنها، أي الأم بأن كان لها وتموت عنه، أما إن كان المال للولد من غيرها فليس لها الإيصاء، بل ترفع للحاكم. أما غير الأب دنية والوصي والأم بالشروط الآنفة الذكر، فلا تصح منه وصية[3].

وقال الشافعي: إن الجد مثل الأب تثبت له الوصاية وإن علا ولا وصاية لوصي لم يؤذن له فيها. قال في مغني المحتاج: «فتثبت الوصاية للأب والجد وإن علا». قال: «وليس لوصي في وصية مطلقة، بأن لم يؤذن فيها

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٦٠٢ـ ٦٠٣.
(٢) التاج والإكليل ٦/ ٣٨٩.
(٣) المرجع السابق.

للوصي أن يوصي - إيصَاء إلى غيره. . فإن أذن له فيه. . جاز على الأظهر»[1] اهـ.

ولأحمد في وصاية الوصي المطلق روايتان إحداهما - وبها صدر في المغني - توافق مالكاً وقال إن أبا حنيفة قال بها، والأخرى توافق الشافعي، قال في المغني: «فأما إن أوصى إليه وأطلق ولم يأذن له في الإيصاء ولا ينهاه عنه ففيه روايتان: إحداهما: له أن يوصي إلى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف، لأن الأب أقامه مقام نفسه، فكان له الوصية كالأب. والثانية: ليس له ذلك، وهو اختيار أبي بكر ومـذهب الشافعي وإسحاق، وهو الظاهر من مذهب الخرقي لقوله ذلك في الوكيل»[2].

* * *

وَشَرْطُ الموصى إسْلاَمٌ ورُشْدٌ وَأَهْلِيَّةٌ لِما أُوْصِيَ فِيهِ. فَإِنْ حَصَلَ منه سُوءُ تَصَرُّفٍ عُزِلَ. ولِلْمُوصَى اقْتِضَاءُ دَيْنٍ وَتَأْخِيرُهُ نَظَراً. ويُنْفِقُ عَلَى الْمَحْجُورِ بِالْمَعْرُوفِ، كَخَتْنِهِ وعِرسِه وَعِيدِه وَيدْفعُ له النَّفقَةَ القَلِيلَةَ ويُقَارِضُ وَيُبْضِعُ.

ويُكْرَهُ أن يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ عَمِل فَلَهُ قِرَاضُ المِثْلِ، وَيَجبُ عَلَيْهِ إِخْراجُ زكاتِه. والقولُ لَهُ في النَّفَقَةِ إنْ أَشْبَهَ بِيَمينٍ، لاَ في دَفْعِهَا لحَاضِنةٍ وَلاَ لِمَالٍ لَهُ بَعْدَ رُشْدِهِ.

* * *

---

(١) مغني المحتاج ٣/٧٦.

(٢) المغني ٦/ ١٤٢.

يشترط في الموصى (بفتح الصاد) أن يكون مسلماً، فلا يصح أن يكون الكافر وصياً، كما يشترط فيه أن يكون رشيداً، فلا يصح أن يكون صبياً أو سفيهاً أو مجنوناً، ويشترطُ أن يكون أهلاً لما أوصي فيه، بأن يكون عدلاً حسن التصرف، فلا يصح أن يكون الخائن وصياً، ولا يصح لمن يتصرف تصرفاً غير شرعي ـ أن يكون وصياً.

وسواء كان العدل رجلاً أو امرأة، فكل منهما يَصح أن يكون وصياً قال المواق: «ابن شأس: لا تشترط الذكورية، فلو أوصى لزوجته أو غيرها ممن تصلح للوصية صحت الوصية إليها»[1].

وإذا حصل من الوَصي سوء تصرف في مال المحجور أو في نفسه، أو طرأ عليه فسق ـ فإنه يعزل، كما يعزل إن ظهر أنه عدو للمحجور، لأن العدو لا يؤمن على عدوه. قال المواق: «من المدونة: أرأيت إن كان الوصي خبيثاً، أيعزل عن الوصية. قال: قال مالك: نعم». ثم قال ـ نقلاً عن ابن رشد: «وإذا عادى الوصي المحجور فإنه يعزل، ولا يؤمن عدو على عدوه بشيء من أحواله»[2] اهـ.

وللموصى أي الوصي اقتضاء دين المحجور ممن هو عليه، وقد يجب ذلك إذا اقتضى الأمر، وله أن يؤخر على وجه المصلحة، وكذلك له أن يضع من الدين ويصالح عنه خوف جحودٍ ونحو ذلك[3].

وينفق الوصي على المحجور بالمعروف، أي بحسب حال الطفل والمال من قلة وكثرة، وتشمل النفقة الكسوة والسكنى، فلا يضيق على صاحب المال الكثير دون نفقة مثله، ولا يسرف، ولا يوسع على ذي المال القليل[4]. ويجوز للوصي النفقة على ختن المحجور إن كان عرف البلد

(١) التاج والإكليل ٦/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/ ٦٠٩.
(٤) المرجع السابق.

جارياً بهذا الإنفاق، كما أن له أن ينفق عليه في عرسه وعيده، فيوسع عليه بالمعروف: قال في النوادر: «قال مالك: وليوسع عليهم ولا يضيق، وربما قال: أن يشتري لهم بعض ما يُلهيهم به، وذلك مما يطيب نفوسهم». نقله الحطاب[1]. وعليه أن يضحي عن محجوره اليتيم إن كانت الضحية لا تجحف به[2].

وللوصي أن يدفع لمحجوره النفقة القليلة كنفقة شهر، إذا لم يخف إتلافها، وإلا فلا يدفع له أكثر من نفقة يوم.

قال المواق: «اللخمي: يدفع له من النفقة ما يرى أنه لا يتلفه الشهر ونحوه، فإن كان يتلفه قبل ذلك فيوم بيوم»[3] اهـ.

وللوصي أن يخرج عن الصبي فطرته وزكاته ويشهد على ذلك فإن لم يشهد وكان مأموناً صدق. قاله ابن حبيب.

هذا إذا كان مذهبه غير حنفي، أما إن كان حنفياً فلا فطرة ولا زكاة عليه، واختار ابن عرفة أن لا تخرج الزكاة عن الصبي حتى يرفع أمره إلى السلطان لئلا يكون مذهبه سقوط الزكاة عن الصبي. قاله المواق[4].

وللوصي أن يقارض مال المحجور ويبضع فيه؛ فيدفع منه لأمين نقوداً يشتري بها بضاعة، أي سلعة مرجوة الربح، ويكره له أن يتولى هو ذلك لئلا يحابي نفسه، فإن قارض لنفسه، فله قراض مثله على المذهب.

ويكره للوصي أيضاً أن يشتري من مال المحجور لنفسه، لأنه يتهم بالمحاباة، فإن وقع ذلك تعقبه الحاكم بالنظر، فإن كان صواباً أمضاه وإلا رده، إلا ما قل وانتهت فيه الرغبات فيجوز له شراؤه دون كراهة[5].

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٣٩٩.
(٢) التاج والإكليل ٦/ ٣٩٩.
(٣) التاج والإكليل ٦/ ٣٩٩.
(٤) المرجع السابق ٦/ ٤٠٢.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٦١٠.

وللوصي عزل نفسه في حياة الموصي لأن عقد الوصية غير لازم من الطرفين، فللموصي عزله من غير سبب، وحتى لو قبل الوصي الوصية فله عزل نفسه ما دام الموصي حياً، أما بعد موت الموصي وقبول الوصي الإيصاء في حياته. فليس له عزل نفسه[1].

والقول للوصي - بيمين - إذا تنازع مع المحجور في أصل النفقة أو في قدرها أو فيهما معاً إذا أشبه فيما يدعيه وكان المحجور في حضانته، فإن لم يشبه قوله أو كان المحجور في حضانة غيره لم يقبل قوله إلا ببينة[2].

ولا يقبل قول الوصي في دفع المال للمحجور بعد رشده إلا ببينة على المشهور. لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللهِ حَسِيباً ﴾[3].

تتمة: إذا تعددت الوصايا وضاق الثلث عن جميعها قدم فك أسير أوصى الموصي بفكه، ثم عتق مدبر دبره الموصي في صحته ثم صداق مَن تزوجها في مرض موته ودخل بها ثم زكاة عين أو غيرها فرط فيها في سالف الزمن وأوصى بإخراجها، فإن اعترف بحلولها عام موته وأوصى بإخراجها أخرجت من رأس المال، وكذلك إذا لم يوص بإخراجها وعلم الورثة بذلك فإنهم يخرجونها من رأس المال.

ثم يخرج من باقي الثلث زكاة فطر فرط فيها سابقاً، أما الحاضرة التي مات بعد وجوبها وقبل غروب الشمس من يوم الفطر- فتخرج من رأس المال، ثم كفارة ظهار وكفارة قتل فيقرع بينهما إن ضاق الثلث عنهما معاً، ثم كفارة فطر في رمضان، ثم كفارة تفريط في قضائه.

ثم يخرج النذر الذي لزمه، ثم العتق المنجز في مرضه ومدبر المرض.

---

(١) جواهر الاكليل ٢/٣٢٧.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/٦١٢ - ٦١٣.

(٣) النساء ٦.

فهما في درجة واحدة ثم موصى بعتقه معيناً كعبدي فلان[١]. ثم موصى بكتابته بعد موته، ثم المعتق لأجل شهر أو أقل من سنة ثم المعتق لسنة، ثم المعتق لأكثر من سنة، ثم وصيته بعتق لم يعين، ثم الوصية بالحج عن الموصي، إلا أن يكون الحج صرورة[٢]، فمع عتق غير المعين في رتبة واحدة يتحاصان عند ضيق الثلث عليهما[٣].

ومن المعلوم أن من أوصى أن يُحَجَّ عنه، فإن وصيته تنفذ من الثلث على المشهور. قال خليل في كتاب الحج: «ونفذت الوصية به من الثلث»[٤]. قال الدسوقي: «وإنما نفذت الوصية به عند مالك ـ وإن كان لا يجيز النيابة فيه ـ مراعاة لخلاف الشافعي القائل بجواز النيابة فيه إذا كان تطوعاً، هذا هو المشهور، وقال ابن كنانة: لا تنفذ الوصية به، ويصرف القدر الموصى به في الهدايا، ومحل نفوذها من الثلث ما لم تعارضها وصية أخرى غير مكروهة، كوصية بمال، ولم يسع الثلث إلا إحداهما، فتقدم وصية المال على الوصية بالحج، سواء كان الموصي صرورة أو لا كما اختاره ابن رشد»[٥] اهـ.

---

(١) جواهر الإكليل ٢/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣.
(٢) الصرورة: حجة الفرض.
(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٦١٢ـ ٦١٣.
(٤) مختصر خليل ص ٧٥.
(٥) حاشية الدسوقي ٢/ ١٩.

كتاب الفرائض

يُبدأُ من تركة الميت بِحَقٍّ تَعَلَّقَ بعينٍ كمرهونٍ وجانٍ فمؤنِ تجهْيزِه فَقَضاءِ دُيونِه، ثم وَصايَاه، ثم البَاقِي لِوارثِه.

* * *

علم الفرائض: علم يعرف به من يرث ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث، وغايته إعطاء كل ذي حق حقه من تركة الميت.

وقد أمر الرسول ﷺ بتعلم الفرائض لحديث ابن مسعود مرفوعاً: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض حتى يختلف الإثنان في الفريضة، فلا يجدان من يفصل بينهما». أخرجه أحمد والترمذي والنسائي وصححه الحاكم، ورواته موثقون. قاله في الفتح. وقال: «إلا أنه اختلف فيه على عوف الأعرابي اختلافاً كثيراً، فقال الترمذي: إنه مضطرب»(١).

يقدم من رأس تركة الميت ـ حق تعلق بذات له كمرهون في دين وكعبد جان وإن غير مرهون فيقدمان وجوباً على غيرهما لتعلق حق المرتهن والمجني عليه بهما، ثمَّ مؤن تجهيزه من غسل وكفن ودفن.. فتقدم على

(١) فتح الباري ١٢/ ٣ـ ٤.

الديون، ثم تقضى ديونه، ثم وصاياه، ثم الباقي لوارثه(١).

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾(٢). أما تقديم الدين على الوصية فالأصل فيه حديث علي رضي الله عنه، قال: «إنكم تقرؤون هذه الآية: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أو دَيْنٍ﴾ وإن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية». أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه، وللبخاري منه تعليقاً: «قضي بالدين قبل الوصية». قاله في منتقى الأخبار(٣).

قال الشوكاني: «الحديث أخرجه الحاكم، وفي إسناده الحارث الأعور، وهو ضعيف، وقد قال الترمذي: إنه لا يعرفه إلا من حديثه، لكن العمل عليه، وكان عالماً بالفرائض، وقد قال النسائي: لا بأس به»(٤) اهـ.

والوارثون من الرجال ـ باختصار ـ عشرة، وهم: الابن وابنه وإن سفل والأب والجد لأب وإن علا، والأخ وابنه، والعم وابنه والزوج ومولى النعمة، وهو المعتِق (بكسر التاء) وكلهم عصبة إلا الزوج والأخ لأم، فإنهما من أصحاب الفروض وإن اجتمع الذكور فلا يرث منهم إلا ثلاثة: الزوج والابن والأب.

والوارثات من النساء سبع، وهن البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة. وهي المعتقة (بكسر التاء)، وكلهن ترث بالفرض إلا مولاة النعمة، فترث بالتعصيب(٥)، فإن اجتمعن فلا يرث منهن إلا الزوجة والبنت وبنت الابن والأم والأخت الشقيقة(٦).

وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله.

* * *

(١) الشرح الصغير ٤/ ٦١٧ـ ٦٢٠.
(٢) النساء ١٠.
(٣) نيل الأوطار ٦/ ١٧٢ـ ١٧٣.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٦١٩ـ ٦٢١.
(٦) المرجع السابق.

فالنِّصفُ للزَّوجِ عند عَدمِ فرعٍ وارثٍ وللبنت إنِ انفَردتْ ولبنتِ الإبْنِ إن لَّم تكن بنتٌ، وللأختِ الشَّقيقَةِ، أو لأبٍ إن لَّم تَكُنْ شَقِيقةٌ، وعصَّبَ كلاًّ أخٌ يساوِيهَا.

* * *

فروض التركة ستة، وهي النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس وتفصيلها كالآتي:

فالنصف لخمسة: للزوج عند عدم فرع وارث، لقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾[1].

والنصف للبنت إن انفردت لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾[2] والنصف أيضاً لبنت الابن وإن سفلت، إن لم يكن للميت بنت أو ابن دنية، قياساً على ابنة الصلب لجامع البنوة.

والنصف للأخت الشقيقة الواحدة، وللأخت للأب الواحدة إن لم تكن للميت أخت شقيقة لقوله تعالى: ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾[3] ونقل ابن حزم الإجماع على ذلك[4].

والبنت يعصبها أخوها المساوي لها في الرتبة، وبنت الابن يعصبها ابن الابن إن كان مُساوياً لها في الدرجة ولو لم يكن أخاها بأن كان ابن عمها، وكذلك إذا كان أنزل منها، وفائدة التعصيب أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين[5]. وإذا حُجبت بنات الابن عن الميراث بسبب تعدد بنات الصلب

(١) النساء ١٢.

(٢) النساء ١١.

(٣) النساء ١٧٦.

(٤) مراتب الإجماع ص ١١٩.

(٥) الشرح الصغير ٤/ ٦٢٠- ٦٢١.

وأخذهن الثلثين، فإن ابن الابن المساوي لهن أو أنزل منهن رتبة يعصبهن، قال في التحفة:

«وبنت الاِبْن إن تكن قد حُجبت بِابنٍ مساو أو اَحَطَّ عصَّبتْ».

والأصْل في ذلك قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾(٢) والأولاد يشملون الذكور والإناث. والأخ الشقيق يعصب الأخت الشقيقة، والأخ لأب يعصب الأخت لأب. لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾(٣).

والأخت الشقيقة فأكثر أو لأب، تكون عاصبة مع بنت أو بنات أو بنت ابن فأكثر، فترث البنات بالفرض والباقي تأخذه الأخت أو الأخوات تعصيباً. قال في التحفة:

«والأخـتُ لاَ لِـلأمِّ كيـفَ تَـاتي . من شَأنِها التَّعْصِيبُ مَعْ بَنَاتِ»(٤).

والأصل في ذلك ما أخرجه البخاري عن الأسود قال: «قضى فينا معاذ بن جبل على عهد رسول الله ﷺ: «النصف للابنة والنصف للأخت، ثم قال سليمان: قضى فينا، ولم يذكر على عهد رسول الله ﷺ». وترجم له البخاري بباب ميراث الأخوات مع البنات عصبة» وفي رواية أخرى للبخاري عن الأسود بن يزيد، قال: «أتانا معاذ بن جبل باليمن معلماً وأميراً، فسألناه عن رجل توفي وترك ابنته وأخته، فأعطى الابنة النصف، والأخت النصف»(٥).

وأخرج البخاري وغيره عن هزيل بن شرحبيل أن ابن مسعود سئل عن

---

(١) إحكام الأحكام ص ٣٤٧.

(٢) النساء ١١.

(٣) النساء ١٧٦.

(٤) البهجة شرح التحفة ٢/٤١٤.

(٥) صحيح البخاري ٦/ ٢٤٧٧- ٢٤٧٩.

ابنة وابنة ابن وأخت، فقال: «أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ: للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت»[1].

قال في الفتح: «قال ابن بطال: أجمعوا على أن الأخوات عصبة البنات فيرثن ما فضل عن البنات، فمن لم يخلف إلا بنتاً وأختاً فللبنت النصف، وللأخت النصف الباقي، على ما في حديث معاذ، وإن خلف بنتين وأختاً فلهما الثلثان، وللأخت ما بقي، وإن خَلَّف بنتاً وأختاً وبنت ابن فللبنت النصف ولبنت الابن تكمِلةُ الثلثين، وللأخت ما بقي. على ما في حديث ابن مسعود، لأن البنات لا يرثن أكثر من الثلثين، ولم يخالف في شيء من ذلك إلا ابن عباس، فإنه كان يقول للبنت النصف وما بقي للعصبة، وليس للأخت شيء». قال: «ولم يوافق ابن عباس على ذلك أحد إلا أهل الظاهر»[2] اهـ.

* * *

والرُّبُع للزَّوج عند وجود فرع وارث، وللزوجةِ عند عدم فرعٍ وَارثٍ وَلَهَا عِند وُجودِه الثُّمُنُ.

وَالثُّلثانِ لِبنْتَي الصُّلب فأكثرَ، وَلِبنتَي الإْبنِ فَأَكْثَر عِندَ عَدمِ وَلَدِ الصُّلبِ، ولِلأختَينِ الشَّقيقتَيْن، وَلِلأُختْينِ لأبٍ عند عدم شقيقةٍ.

والثُّلثُ لِلأُمِّ إن لَّم يكن لِلمَيتِ فرعٌ وارثٌ أو أخوانِ وأختان فَأَكْثَرَ ولِلأخوينِ لأمٍّ عند عَدمِ فرعٍ أو أبٍ وارثٍ وإن عَلاَ.

* * *

(١) صحيح البخاري ٦/ ٢٤٧٧ ونيل الأوطار ٦/ ١٧٣.

(٢) فتح الباري ١٢/ ٢٠.

الربع للزوج إذا كان للزوجة المتوفاة فرع وارث، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾(١) والربع للزوجة أو الزوجات عند عدم فرع وارث للزوج، لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ﴾(٢) والثمن للزوجة أو الزوجات عند وجود فرع وارث للزوج المتوفى لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾(٣).

والثلثان فرض من زاد على واحدة من بنات الصلب، أو زاد على واحدة من بنات الابن عند عدم وجود ولد صلب ذكر أو أنثى.

والثلثان للشقيقتين فأكثر عند عدم فرع وارث، وللأختين لأب عند عدم وجود فرع وارث، وعدم وجود شقيق أو شقيقة فأكثر(٤).

أما البنات وبنات الابن فالأصل في فرضهن قوله تعالى: ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾(٥) والمعنى فإن كنّ اثنتين فأكثر فلهن ثلثا ما ترك لحديث جابر قال: «جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله: هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً، ولا ينكحان إلا بمال. فقال: «يقضي الله في ذلك فنزلت آية الميراث. فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: «اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن، وما بقي فهو لك». رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال: حسن صحيح رواه البيهقي والحاكم وقال: صحيح الإسناد»(٦).

قال الشوكاني: «قوله: «فنزلت آية الميراث» أي قوله تعالى:

---

(١) النساء ١٢.

(٢) النساء ١٢.

(٣) النساء ١٢.

(٤) الشرح الصغير ٤/ ٦٢٢.

(٥) النساء ١١.

(٦) الهداية في تخريج أحاديث البداية ٨/ ٢٥٤ـ ٢٥٥ ونيل الأوطار ٦/ ١٧١.

﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ. . ﴾ والحديث فيه دليل على أن للبنتين الثلثين، وإليه ذهب الأكثر»(١) اهـ. وقال في المغني: «أجمع أهل العلم أن فرض البنتين الثلثان إلا رواية شاذة، عن ابن عباس أن فرضهما النصف»(٢) اهـ.

وحكى مالك إجماع أهل المدينة على أن ولد الأبناء الذكور إن لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء، ذكورهم كذكورهم، وإناثهم كإناثهم، يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون(٣).

وأما الأخوات فالأصل في فرض من زاد منهن على واحدة قوله تعالى: ﴿ فإن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾(٤) أي فإن كانتا اثنتين فأكثر فلهن ثلثا ما ترك. ونقل ابن حزم الإجماع على ذلك(٥).

والثلث فرض الأم إن لم يكن لولدها المتوفى فرع وارث، ولم يكن له أخوان أو أختان مطلقاً فأكثر، لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾(٦) ولها ثلث الباقي بعد فرض زوجة ابنها أو زوج ابنتها إن كان معها أب، فإذا مات رجل عن أم وأب وزوجة فللزوجة الربع، وللأم ثلث الباقي، وهو في الحقيقة ربع، وإذا ماتت امرأة عن زوج وأم وأب فللزوج النصف، والباقي للأم ثلثه، وهو في الحقيقة سدس(٧).

إذ لو أعطيت الأم الثلث كله للزم تفضيل الأنثى على الذكر، ولخالف

(١) نيل الأوطار ٦/ ١٧١.
(٢) المغني ٦/ ١٧٠.
(٣) الموطأ ٢/ ٥٠٣.
(٤) النساء ١٧٦.
(٥) مراتب الإجماع ص ١١٨.
(٦) النساء ١١.
(٧) الشرح الصغير ٤/ ٦٢٢- ٦٢٣.

ذلك القاعدة القطعية: متى اجتمع ذكر وأنثى يدليان بجهة واحدة: فللذكر مثل حظ الأنثيين(١).

والثلث فرض الأخوين والأختين لأم فأكثر، إن لم يكن للميت فرع أو أب أو جد وارث، لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾(٢) ومعنى ذلك أن الذكر والأنثى يُسَوَّى بينهما، ونقل ابن العربي الاتفاق على ذلك(٣).

الكلالة هي انقطاع الأصل والفرع، قال الناظم:

«ويسألونك عن الكلاله هي انقطاع النَّسلِ لا محاله
لا والد يَبْقى وَلا مولودُ فانقطع الأولادُ والجُدُود».

* * *

والسُّدُسُ لِكلٍّ مِنَ الأَبَوَيْنِ مع فرعٍ وارثٍ ولِلأمِّ مع أخَوينِ فأكثرَ، ولاِبنة الأبن مع بنتٍ، ولأخت الأب معَ الشقيقة ولِلجدّ غير الْمُدلي بأُنثى عند عدم الأبِ مَع فرعٍ وارِثٍ، وللجدَّةِ إن لَّم تُدْلِ بِذَكَرٍ غير الأبِ.

* * *

السدس فرض الأب إن كان لولده المتوفى ابن أو بنت وارثان وإن سفلا، وفرض للأم إن كان للمتوفى ولد وارث ذكراً كان أو أنثى أو كان له أخوان أو أختان فأكثر.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) النساء ١٢.

(٣) أحكام القرآن ١/ ٣٤٩.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ ولِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾(١) وقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدس ﴾(٢) والمراد بالاخوة اثنان فأكثر. قال مالك في الموطإ: «مَضَت السنة أن الإخوة اثنان فصاعداً»(٣).

والسدس فرض الأخ لأم ذكراً كان أو أنثى إن انفرد لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا السُّدُسُ ﴾(٤) ونقل ابن المنذر الإجماع على أن مراد الله عز وجل في الآية التي في أول سورة النساء: الإخوة من الأم، وبالتي في آخرها من الأب والأم(٥).

والآية التي في أول سورة النساء هي هذه الآية: ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أختٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُما السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ أما الآية التي في آخر السورة فهي قوله تعالى: ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿وَإِن كَانُوا إِخوةً رِجَالاً وَنِساءً فللذكر مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾(٦) وتقدم ذكرها أول الباب.

والسدس فرض بنت ابن واحدة فأكثر ـ إن كانت مع بنت صلب واحدة، لحديث ابن مسعود المتقدم عن البخاري، وفيه أن ابن مسعود سئل عن بنت وبنت ابن وأخت، فقال: «أقضي فيها بمَا قضى النبي ﷺ: «للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت».

---

(١) النساء ١١.
(٢) النساء ١١.
(٣) الموطأ ٢/ ٥٠٧.
(٤) النساء ١٢.
(٥) الإجماع لابن المنذر ص ٦٧.
(٦) النساء ١٧٦.

وحكى مالك إجماع أهل المدينة على أن لابنة الابن واحدة كانت أو أكثر مع ابنة الصلب السدس[1].

والسدس للأخت لأب واحدة فأكثر مع شقيقة واحدة تكملة الثلثين. قاله مالك في الموطإ[2]. وذلك قياساً على ابنة الابن مع ابنة الصلب.

والسدس فرض الجد عند عدم الأب مع فرع وارث للميت، فإن كان الولد ذكراً فليس للجد إلا السدس، ومثله الأب المتقدم ذكره، وإن كان الولد أنثى فللجد السدس فرضاً وله الباقي تعصيباً[3]. لحديث عمران بن حصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ قال: «لك السدس». فلما أدبر دعاه، قال: لك سدس آخر، فلما أدبر دعاه فقال: إن السدس الآخر طعمة». رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه[4].

قال الشوكاني: «قيل وصورة هذه المسألة أنه ترك الميت بنتين وهذا السائل، فللبنتين الثلثان والباقي ثلث، دفع ﷺ منه إلى الجد سدساً بالفرض، لكونه جداً، ولم يدفع إليه السدس الآخر الذي يستحقه بالتعصيب، لئلا يظن أن فرضه الثلث، وتركه حتى ولى، أي ذهب، فدعاه وقال: لك سدس آخر، ثم أخبره أن هذا السدس طُعمة، أي زائد على السهم المفروض، وما زاد على المفروض فليس بلازم»[5] اهـ.

والسدس فرض الجدة لأب أو أم وإن علتا ما لم تدل الجدة بذكر غير الأب، فإن أدلت به، فلا ترث عندنا، لأن مالكاً لا يرث عنده إلا جدتان، هما: أم الأم، وأم الأب وإن علتا، فإن اجتمعتا فهو بينهما، وإن كانت واحدة انفردت به.

---

(1) الموطأ ٢/ ٥٠٣- ٥٠٤.
(2) الموطأ ٢/٥٠٩.
(3) الشرح الصغير ٤/ ٦٢٥.
(4) نيل الأوطار ٦/ ١٧٦.
(5) نيل الأوطار ٦/ ١٧٦.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالـك وأصحاب السنن إلا النسـائي، وصححه الترمذي ـ عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال: «جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها، فقال لها أبو بكر: مالك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس، فقال أبو بكر: هل معك غيرك. فقام محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها: مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قُضِي به إلا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شَيئاً، ولكنه ذلك السدس، فإن اجتمعتما فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها». وأخرجه أيضاً ابن حبان والحاكم، وقال الحافظ: وإسناده صحيح لثقة رجاله(١).

قال الباجي: «قوله: «ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله ميراثها» ـ يقتضي أنهما جدتان وارثتان، ولو كـانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال: ثم جاءت الجدة الثانية، أو لقال: ثم جاءت جدة ثانية». ثم قال: «وقوله: «فإن اجتمعتما فهو بينكما» يقتضي أن الوارثات من الجدات هما اثنتان، ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية، وإن كانت المخاطبة واحدة، ولو ورث منهن جماعة لقال: فإن اجتمعتُنَّ فهو بينكن، وأيتكن خلت به فهو لها»(٢) اهـ.

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: ترث ثلاث جدات، وهن الجدتان اللتان تنفردان بـالميراث عنـد مالـك، وأم أبي الأب»(٣). لمـا أخرجـه الدارقطني: «عن إبراهيم بن يزيد أن رسول الله ﷺ ورَّث ثلاث جدات: اثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم». وقال في التعليق المغني: إنه

---

(١) الموطأ ٢/ ٥١٣ ونيل الأوطار ٦/ ١٧٥.

(٢) المنتقى ٦/ ٢٣٨- ٢٣٩.

(٣) اللباب ٤/ ١٩١ . . . ومغني المحتاج ٣/ ١٢- ١٣ والمبدع ٦/ ١٣٢- ١٣٤.

مرسل. وأخرج الدارقطني مثله موقوفاً على زيد بن ثابت[1].

* * *

وَلِعاصبٍ ورثَ المالَ أو البَاقي بَعدَ الْفَرضِ ، وَهُو الابنُ فابنُه، وعصَّب كلٌّ أختَه فالجدُّ وَالأخ الشّقِيقُ ثم لأبٍ، وَهو كَالشَّقِيقِ عند عدمِه إلا في الحِمَارِيَةِ، وأسْقَطتْهُ الشَّقيقَةُ التي كالعَاصب، فابنُ كلٍّ فالْعَمُّ فَابنُه فَعَمُّ الجدِّ فابنُه، فَذُو الوَلَاءِ، فَبَيْتُ المالِ.

* * *

العاصب هو الذي يرث المال كله إن انفرد، ويرث الباقي بعد الفرض، وهو أي العاصب الابن فابنه وإن سفل، وعصب كل من الابن وابن الابن اخته المساوية له في الرتبة أو أعلى كما تقدم، للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم الأب فالجد عند عدم الابن والإخوة الأشقاء ثم لأب، وعصب كل منهما أخته التي في رتبته[2].

وأخو الأب كالشقيق عند عدم الشقيق إلا في الحمارية فيسقط الأخ لأب فيها لأن الشقيق فيها يرث بالفرض لا بالتعصيب. وهي أي الحمارية - وتسمى أيضاً المشتركة - زوج وأم أو جدة وأخوان لأم فأكثر وشقيق فأكثر فيشارك الأشقاء فيها الإخوة لأم في الثلث الذكر كالأنثى، لاشتراكهم في ولادة الأم، سميت المشتركة لاشتراك الأشقاء مع الإخوة لأم، وسميت الحمارية

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٩١- ٩٢.

(٢) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢١٠- ٢١٢.

لأن الخليفة عمر بن الخطاب أعطى الثلث للإخوة لأم فقال له الأشقاء: هب أن أبانا كان حماراً أو حجراً ملقى في اليم، أليست الأم تجمعنا؟ فأشركهم(١).

قال مالك في الموطإ: «فيشترك بنو الأب والأم في هذه الفريضة مع بني الأم في ثلثهم، فيكون للذكر مثل حظ الأنثى، من أجل أنهم كلهم إخوة المتوفى لأمه، وإنما ورثوا بالأم، وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ فلذلك شُركوا في هذه الفريضة، لأنهم كلهم إخوة المتوفى لأمه»(٢) اهـ.

وشروط شركة الأشقاء مع الإخوة لأم ذكرها الباجي بقوله: «إذا ثبت ذلك فإن الشركة لا تصح إلا بأربعة شروط:

أن يكون فيها زوج،
واثنان من ولد الأم،
وأخ لأب وأم،
وتكون معهم أم أو جدة،
فإن خرم شرط من هذه الأربعة لم تكن مشتركة، والله أعلم(٣).

وبه قال الشافعي، أما أبو حنيفة وأحمد فقالا إن الثلث في هذه المسألة يختص به الإخوة للأم ولا شيء للأشقاء معهم(٤). وأخ الأب تُسقطه الشقيقة التي تصير عاصبة عند وجود بنت أو بنات أو بنت ابن فأكثر، فلا شيء للأخ لأب معها(٥).

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الموطأ ٢/ ٥٠٨ـ ٥٠٩.
(٣) المنتقى ٦/ ٢٣١.
(٤) مغني المحتاج ٣/ ١٧ـ ١٨ واللباب ٤/ ١٩٦ والمغني ٦/ ١٨٠.
(٥) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢١٢.

ثم بعد الإخوة الأشقاء والإخوة لأب يأتي ابناؤهم مرتبين حسب ترتيب آبائهم، ثم العم الشقيق فالعم لأب فأبناء العم الشقيق فأبناء العم لأب، فعم الجد فابنه الأقرب فالأقرب وإن غير شقيق، ثم مولى النعمة، وهو المعتِق (بكسر التاء) ذكراً كان أو أنثى، فيأخذ جميع المال ولو أنثى[1]. وهي الأنثى الوحيدة التي تعصب بنفسها. قال في الرحبية:

«وليس في النِّساءِ طُرّاً عَصَبَهْ   إلا التي مَنَّتْ بِعِتْقِ الرَّقَبَهْ»

والأصل في إرث العاصب بعد أهل الفروض ـ ما أخرجه الشيخان عن ابن عباس رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأَوْلى رجل ذكر»[2].

قال النووي: «قال العلماء: المراد بأولى رجل: أقرب رجل مأخوذ من الوَلْي بإسكان اللام على وزن الرمي، وهو القرب». قال: «وقوله ﷺ «رجل ذكر»: وصف الرجل بأنه ذكر تنبيهاً على سبب استحقاقه، وهو الذكورة التي هي سبب العصوبة، وسبب الترجيح في الإرث، ولهذا جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وحكمته أن الرجال تلحقهم مؤن كثيرة بالقيام بالعيال والضيفان والأرقاء والقاصدين، ومواساة السائلين، وتحمل الغرامات وغير ذلك، والله أعلم، وهذا الحديث في توريث العصبات. وقد أجمع المسلمون على أن ما بقي بعد الفروض فهو للعصبات، يقدم الأقرب فالأقرب، فلا يرث عاصب بعيد مع وجود قريب»[3] اهـ . أما الميراث بالولاء فالأصل فيه ما أخرجه ابن ماجه «عن عبد الله بن شداد عن بنت حمزة قالت: مات مولاي وترك ابنة فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته، فجعل لي النصف، ولها النصف»[4].

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢١٢.
(٢) صحيح البخاري ٦/ ٢٤٧٧ وصحيح مسلم ٣/ ١٢٣٣.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٥٣.
(٤) سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٣.

وأما الأصل في إعطاء الذكر حظ الأنثيين فقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ وقوله عز وجل: ﴿ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾.

فإن لم يكن للميت عاصب دفع ماله لبيت المال الذي في وطن الميت، سواء مات به أو بغيره، كان المال به أو بغيره[1]. ولا يرد مال من لا عاصب له لذوي الفروض، ولا يدفع لذوي الأرحام. والمراد بذوي الأرحام من لا يرث من الأقارب كابن الأخ لأم والجد أبي الأم وابنة الأخ والعمة والخالة والخال. فهؤلاء حكى مالك إجماع أهل المدينة أنهم لا يرثون بأرحامهم شيئاً[2]. بل يدفع المال لبيت المال على المشهور كما مر، وظاهر كلام خليل تبعاً لابن الحاجب عدم تقييد ذلك بما إذا كان بيت المال يصرف في مصرفه الشرعي[3]. لكن قال الحطاب: «والذي ذكره غير واحد من أهل المـذهب أن بيت المال وارث، إذا كان يصرفه في وجوهه»[4] اهـ. وبه قال الشافعي[5].

وقال الدردير ـ بعد ذكره لما تقدم، من مشهور المذهب: «لكن الذي اعتمده المتأخرون الرد على ذوي السهام، فإن لم يكن فعلى ذوي الأرحام، وعلى الرد فيرد على كل ذي سهم بقدر ما ورث، إلا الزوج والزوجة، فلا رد عليهما إجماعاً»[6] اهـ. وهذا القول اعتمده أيضاً المتأخرون من الشافعية[7].

والأصل في توريث بيت المال عند عدم العاصب ما أخرجه البيهقي وعبد الرزاق: «عن خارجة بن زيد، قال: رأيت أبي يجعل فضول المال في

---

(١) الشرح الصغير وحاشيته ٤/ ٦٢٩- ٦٣٠.
(٢) الموطأ ٢/ ٥١٨.
(٣) مواهب الجليل ٦/ ٤١٤.
(٤) المرجع السابق.
(٥) مغني المحتاج ٣/ ٦ ـ ٧.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٦٣٠.
(٧) مغني المحتاج ٣/٦ ـ ٧.

بيت المال، ولا يرد على وارث شيئاً»[١]. وأخرج البيهقي عن عطاء بن يسار: «أن النبي ﷺ ركب إلى قباء يستخير في ميراث العمة والخالة فأُنزِل عليه: لا ميراث لهما» وأخرج عبد الرزاق نحوه[٢]. وفي الموطإ أن عمر بن الخطاب كان يقول: «عجباً للعمة تورَث ولا تَرِث»[٣].

أما الرد على ذوي الفروض فالأصل فيه ما أخرجه البيهقي وعبد الرزاق عن الشعبي قال: «كان علي رضي الله عنه: يرد على كل وارث الفضل بحصة ما ورث غير المرأة والزوج، وكان عبد الله لا يرد على امرأة ولا زوج، ولا ابنة ابن مع ابنة الصلب ولا على أخت الأب مع أخت لأب وأم ولا على إخوة لأم مع أم، ولا على جدة إلا أن يكون لا وارث غيرها[٤]. وعن طاوس عن أبيه قال: «إذا توفي الرجل وترك ابنته وإخوته لأمه، وأخواله وعمته، وهذا الضرب، فالمال كله لابنته». أخرجه عبد الرزاق. وأخرج عن الشعبي: أن عبد الله بن مسعود ورث أختا المال كله[٥].

وأما توريث ذوي الأرحام فالأصل فيه عموم قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلُوا الأَرحَامِ بَعْضُهم أَوْلَى بِبَعْضٍ في كِتَابِ اللهِ ﴾[٦].

وأخرج عبد الرزاق والبيهقي: «عن واسع بن حبان قال: توفي ثابت بن الدحداح، وكان أتياً في بني أنيف ـ أو في بني العجلان، فقال النبي ﷺ: هل له من وارث؟ فلم يجدوا له وارثاً، قال: فدفع النبي ﷺ ميراثه إلى ابن أخته: أبي لبابة بن عبد المنذر»[٧]. والأتي: الغريب. قاله في النهاية[٨].

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ٢٤٤ والمصنف ١٠/ ٢٨٧ وسنن سعيد بن منصور ١/ ٦٠.
(٢) السنن الكبرى ٦/ ٢١٢- ٢١٣ والمصنف ١٠/ ٢٨٤.
(٣) الموطأ ٢/ ٥١٧.
(٤) السنن الكبرى ٦/ ٢٤٤ والمصنف ١٠/ ٢٨٦.
(٥) المصنف ١٠/ ٢٨٦- ٢٨٧.
(٦) الأحزاب ٦.
(٧) المصنف ١٠/ ٢٨٤ والسنن الكبرى ٦/ ٢١٥.
(٨) النهاية ١/ ٢١.

وعن المقدام بن معديكرب أن النبي ﷺ قال: «الخال وارث من لا وارث له». أخرجه أحمد والأربعة سوى الترمذي وحسنه أبو زرعة الرازي. وصححه الحاكم وابن حبان(١).

أما تقديم ذوي السهام على أولي الأرحام فالأصل فيه ما أخرجه البيهقي عن المغيرة أن علياً وأصحابه كانوا إذا لم يجدوا ذا سهم أعطوا القرابة. .» إلى آخر الحديث وأخرج عبد الرزاق عن إبراهيم قال: «كان يقال ذو السهم أحق ممن لا سهم له»(٢) ويؤيده الأثر المتقدم عن طاوس عن أبيه.

وإذا كان مشهور مذهب الشافعي يوافق مشهور مذهب مالك في توريث بيت المال عند عدم عاصب، كما تقدم ـ فإن أبا حنيفة وأحمد يوافقان ما اعتمده المتأخرون من علماء المالكية والشافعية من الرد على ذوي الفروض ثم توريث ذوي الأرحام(٣).

ولكل من القولين دليل كما رأيت، إلا أن ما اعتمده المتأخرون من المالكية والشافعية ووافقه مذهبا أبي حنيفة وأحمد ـ أرجح كفة في نظري حسب الأدلة الآنفة الذكر والله أعلم.

---

(١) بلوغ المرام ص ١٩٦.
(٢) السنن الكبرى ٦/ ٢١٧ والمصنف ١٠/ ٢٨٦.
(٣) اللباب ٤/ ١٩٧ والمغني ٦/ ٢٣١ـ ٢٣٦.

أَحْوَالُ مِيرَاثِ الجَدِّ مَعَ الإِخْوةِ

لِلجَدِّ مع الإِخْوةِ والأَخَواتِ لأبٍ وأمٍّ ، أو لأَبٍ ـ الأَفضلُ من الثُّلثِ أو المُقاسمَةِ، وعدَّ الشقيقُ عَليْهِ إخوةَ الأب، ثم رَجَعَ عَلَيْهِم، وَله مَع ذي فَرضٍ مَعَهُمَا السُّدُسُ أو ثُلُثُ البَاقِي أوِ المُقَاسَمَةُ.

* * *

إذا ترك الميت جداً وإخوة أو أخوات لأب وأم، أو لأب ولم يكن معهم صاحب فرض ـ فللجد الأفضل من أحد أمرين: ثلث جميع المال، أو المقاسمة، أي مقاسمة الإخوة كأنه أخ لهم. فإذا كانوا أقل من مثليه قاسمهم، لأن المقاسمة خير له من ثلث المال، وذلك كأن يكون معه أخ واحد أو أختان لأب وأم أو لأب، فيجد النصف في كلتا الصورتين، وهذا خير له من الثلث.

وإذا كان الإخوة اثنين أو الأخوات أربعاً كان الثلث والمقاسمة متساويين، وإن زاد الإخوة على اثنين أو الأخواتُ على أربع كان الثلث خيراً له، فيأخذه لأن الإخوة صاروا أكثر من مثليه. فلا ينقص بحال عن الثلث[١].

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٦٣٤ـ ٦٣٥.

والأصل في ذلك ما في الموطإ وغيره، ففي الموطإ: «عن يحيى بن سعيد أنه بلغهُ أن معاوية بن أبي سفيان كتب إلى زيد بن ثابت يسأله عن الجد، فكتب إليه زيد بن ثابت: إنك كتبت إلي تسألني عن الجد، والله أعلم ـ وذلك مما لم يكن يقضي فيه إلا الأمراء ـ يعني الخلفاء ـ وقد حضرت الخليفتين قبلك يعطيانه النصف مع الأخ الواحد، والثلث مع الإثنين، فإن كثرت الإخوة لم ينقصوه من الثلث»[1].

وأخرج البيهقي ـ بسنده ـ عن سعيد بن المسيب وغيره أن عمر بن الخطاب قضى أن الجد يقاسم الإخوة للأب والأم، والإخوة للأب، ما كانت المقاسمة خيراً له من ثلث المال، فإن كثرت الإخوَة أعطي الجد الثلث، وكان للإخوة ما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين»[2].

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا شيء للإخوة مع الجد لأنه يحجبهم[3].

وعد الشقيقُ على الجد الإخوة لأب واحداً فأكثر عند المقاسمة، ليكثر حظه وينقص حظ الجد، سواء كان معهم ذو سهم أم لا، كمن مات عن شقيق وأخوين لأب وجد للجد الثلث، وللشقيق الثلثان، ولا يأخذ الإخوة لأب شيئاً لأنهم محجوبون بالشقيق.

ومثل الشقيق الشقيقة الواحدة فأكثر تعد على الجد الإخوة لأب، ثم ترجع عليهم بمالها لو لم يكن جد، فإن كانت واحدة كان لها النصف وإن كانتا اثنتين فأكثر فلهما الثلثان، وما فضل بعد سهم الجد فهو للأخ والإخوة لأب[4].

---

(١) الموطأ ٢/ ٥١٠.
(٢) السنن الكبرى ٦/ ٢٤٨.
(٣) مغني المحتاج ٣/ ٢١ والمغني ٦/ ٢١٨ واللباب ٤/ ١٩٩.
(٤) جواهر الإكليل ٢/ ٣٣٠ والشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٦٣.

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي «عن سعيد بن المسيب وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وقبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى أن الجد يقاسم الإخوة للأب والأم والإخوة للأب ما كانت المقاسمة خيراً له من ثلث المال، فإن كثرت الإخوة أعطي الجد الثلث، وكان للإخوة ما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين، وقضى أن بني الأب والأم أولى بذلك من بني الأب ذكورهم وإناثهم، غير أن بني الأب يقاسمون الجد لبني الأب والأم فيردون عليهم ولا يكون لبني الأب مع بني الأب والأم شيء، إلا أن يكون بنو الأب يردون على بنات الأب والأم، فإن بقي شيء بعد فرائض بنات الأب والأم فهو للإخوة للأب، للذكر مثل حظ الأنثيين»(١).

وللجد عند وجود فرض معه ومع الإخوة أو الأخوات الأشقاء أو لأب ـ الأفضل من السدس من أصل المسألة، أو ثلث الباقي أو المقاسمة.

فالسدس خير له إن كان مع بنتين وزوجة وأخ فالمسألة من أربعة وعشرين للبنتين الثلثان: ستة عشر وللزوجة الثمن: ثلاثة، فتبقى خمسة، فسدس جميع المال أربعة خير له من ثلث الباقي، ومن المقاسمة.

وثلث الباقي خير له إذا كان معه أمٌّ وخمسة إخوة، فالمسألة من ثمانية عشر للأم سدسها: ثلاثة، تبقى خمسة عشر، فثلث الباقي وهو خمسة خير للجد من السدس، ومن المقاسمة.

وقد تكون المقاسمة خيراً للجد كأن يكون معه جدة وأخ، فالمسألة من ستة؛ سدسها واحد، ففي المقاسمة يكون له اثنان ونصف وهذا خير له من السدس، ومن ثلث الباقي(٢).

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا حظ للإخوة مع الجد، لأنه يحجبهم(٣).

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ٢٤٨.

(٢) الشرح الصغير ٤/ ٦٣٦ـ ٦٣٧.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٢١ـ ٢٢ والمبدع ٦/ ١١٩ـ ١٢١ واللباب ٤/ ١٩٩.

ولا يفرض لأخت شقيقة أو لأب مع الجد في آية فريضة إلا في الأكدرية، وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة أو لأب، فيفرض للأخت النصف وللجَد السدس ثم يقاسمها فيما لهما معاً فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

وتصح هذه المسألة من ستة وتعول لتسعة للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث إثنان وللجد السدس واحد وللأخت النصف ثلاثة عالت بها المسألة، فنصيب الجد والأخت أربعة لا تنقسم على ثلاثة فتضرب ثلاثة في أصل المسألة مع عولها بسبعة وعشرين. فمن له شيء من تسعة أخذه مضروباً في ثلاثة. فيكون للزوج تسعة وللأم ستة، وللجد والأخت اثنا عشر ثمانية منها للجد وأربعة للأخت.

وسميت هذه الفريضة بالأكدرية، لأن عبد الملك بن مروان على ما قيل - طرحها على رجل يقال له الأكدر يحسن الفرائض فأخطأ فيها، وسميت أيضاً بالغراء، لاشتهارها في الفرائض، فصارت لها بمثابة الغرة للفرس(١).

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا شيء للأخت مع وجود الجد، لأنه يحجب الإخوة، كما تقدم(٢).

---

(١) شرح الزرقاني لخليل وحاشية البناني عليه ٨/ ٢٠٩- ٢١٠.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٢٣ والمبدع ٦/ ١٢١- ١٢٢ واللباب ٤/ ١٩٩.

أُصُولُ الفَرائِضِ

أُصُولُ الفرائضِ سبعةٌ: اثنانِ وأربعةٌ وثَمانيَةٌ وثلاثةٌ وسِتَّةٌ واثنا عشرَ وأربعةٌ وعشرونَ.

فالنِّصفُ من اثنينِ والرُّبُع من أربَعةٍ والثُّمنُ من ثَمانيةٍ، والثُّلثُ مِن ثلاثةٍ، والسدسُ مِن ستَّةٍ وَالربُع والثلثُ أوِ السدسِ من اثني عشر وَالسُّدُسُ وَالثُّمُنُ مِن أربعة وعِشْرينَ، وَما لا فرضَ فِيهَا فأصلُها عددُ عصَبَتِها، وضعِّف لِلذَّكر عَلَى الأنثى.

* * *

المراد بالأصل: العدد الذي تخرج منه سهام الفريضة صحيحة، فأصول الفرائض السبعة هي: اثنان وضعفها أربعة، وضعفها ثمانية، وثلاثة وستة وهي ضعفها، واثني عشر ضعف الستة وأربعة وعشرون ضعف اثني عشر.

فالنصف مخرجه من اثنين؛ كزوج وأخت، والربع من أربعة، فكل فريضة اشتملت على ربع وما بقي أو على ربع وثلث ما بقي، فهي من أربعة كزوجة وأم وأب، للزوجة الربع وللأم ثلث الباقي وهو في الحقيقة ربع كما

تقدم. والثمن مخرجه من ثمانية فهي أصل لكل فريضة فيها ثمن وما بقي، كزوجة وابن، أو ثمن ونصف وما بقي، كزوجة وبنت وأخ[1].

والثلث من ثلاثة. فهي أصل لكل فريضة فيها ثلث فقط كأم وعم، أو ثلث وثلثان كإخوة لأم وأخوات شقيقات أو لأب، أو ثلثان وما بقي كبنتين وعم.

والسدس أصل لكل فريضة فيها سدس وما بقي كجدوابن، أو سدس وثلث وما بقي، كجدة وأخوين لأم وأخ لأب، أو سدس وثلثان وما بقي كأم وابنتين، أو نصف وثلث وما بقي كأخت وأم وابن أخ.

والإثنا عشر أصل لكل فريضة فيها سدس وربع وما بقي كزوج وأم وابن، وأصل لكل فريضة فيها ربع وثلثان وما بقي كزوج وبنتين وأخ.

والأربعة والعشرون: أصل لكل فريضة فيها ثمن وسدس كزوجة وأم وابن، وأصل لفريضة فيها ثمن وثلثان وسدس، كزوجة وبنتين وأم وعم، وأصل لفريضة فيها ثمن ونصف وسدس كزوجة وبنت وبنت ابن وعم[2].

أما المسائل التي لا فرض فيها فأصلها عدد رؤوسها، وإذا كان الورثة ذكوراً وإناثاً، ضُعِّف للذكر على الأنثى، أي يكون للذكر مثل حظ الأنثيين[3]. لقوله تعالى: ﴿ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾[4].

* * *

وإن زادت الفُروضُ أعيلَتْ، فالعَائل السُّتَّةُ لسبْعةٍ ولثمانِيَةٍ ولتسعةٍ ولعشَرةٍ.

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢١٤ ـ ٢١٥ والشرح الصغير ٤/٦٤١ ـ ٦٤٤.
(٢) المرجعان السابقان.
(٣) المرجعان السابقان.
(٤) النساء ١١.

وَالْإِثنَا عشَر لثلاثةَ عشرَ وخَمسةَ عشر، وسبعةَ عشرَ.

والأربعةُ والعشرون لسَبْعةٍ وعشرِين، وهي المِنبرِيةُ.

* * *

العول: زيادة في السهام ونقص في الأنصباء، وذلك بأن تجعل الفريضة على قدر السهام فيدخل النقص على كل منها. فالعائل من الأصول السبعة المتقدم ذكرها ـ ثلاثة وهي: الستة، وتعول أربع عولات، تعول لسبعة بمثل سدسها كزوج وأختين شقيقتين أو لأب، وتعول لثمانية إذا كان مع الزوج والأختين المذكورتين أم.

وتعول الستة لتسعة بمثل نصفها، وذلك بزيادة أخ لأمٍّ على من ذكر، وتعول أيضاً لعشرة أي بمثل ثلثيها وذلك بإضافة أخ ثان لمن ذكروا فللزوج النصف ثلاثة من ستة وللأختين الثلثان: أربعة من ستة، وللأم السدس: واحد من ستة وللأخوين لأم الثلث: اثنان من ستة[1].

أما الإثنا عشر فتعول ثلاث عولات؛ تعول لثلاثة عشر كزوجة وأم وأختين شقيقتين أو لأب، للزوجة الربع: ثلاثة وللأختين الثلثان: ثمانية، وللأم السدس: اثنان، وتعول لخمسة عشر، وذلك بزيادة أخ لأم على من ذكرن، كما تعول لسبعة عشر وذلك بزيادة أخ لأم ثان، بحيث يكون أهل الفروض زوجة وأختين شقيقتين أو لأب وأم وأخوين لأم، للزوجة الربع ثلاثة وللأختين الثلثان: ثمانية وللأم السدس: اثنان وللأخوين لأم الثلث أربعة[2].

وأما الأربعة والعشرون فتعول عولة واحدة، تعول لسبعة وعشرين، وهي زوجة وأبوان وابنتان؛ للزوجة الثمن ثلاثة ولكل من الأبوين السدس أربعة فمجموع مالهما ثمانية، وللبنتين الثلثان ستة عشر، وتسمى هذه الفريضة بالمنبرية، لأن علياً رضي الله عنه أفتى فيها وهو على المنبر، وقال: صار

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢١٥- ٢١٦.

(٢) المرجع السابق.

ثمنها تسعاً، لأن الثلاثة التي عالت بها كانت من الأربعة والعشرين ثمناً، فصارت بعد العول تُسُعاً لأن سبعة وعشرين تُسُعها ثلاثة(1).

وقد نظم ذلك شيخنا العلامة الشيخ إبراهيم المعروف بالمرابط: (أباه) بن أمانة الله بن محمد الأمين اللمتوني الشنقيطي فقال:

«عولُ الفرائض أتت في العدِّ واوٌ ويبٌّ فاستمِعْ وكَدٌّ
فستَّةٌ لسَبْعةٍ يا من دَرى للزَّوْج وَالأُختين عولٌ قُرِّرا
وإن تزد أمّا على مَن قُدِّموا فلِلثمانية عيلتْ فَاعلمُوا
لزيد ولْدها تكُون طائيا وآخرٌ أيضاً تكون يائياً
يَبٌّ ليجٌ زوجَةُ الميِّت معْ أختيْه مِن أب وأمِّه تَقَعْ
وإن تزد أخاً لأمٍّ قل يَهِ وأخوين قل يَز فانتبِهِ
كَدٌّ لكزٌّ نُسبتْ للمنبَر صُورتُها تُذكر في المُخْتصَر
وهِيَ بنتَانِ وَأمٌّ وَأبُ وَزَوْجَةٌ مَعَ الجَميع تُحْسَبُ»(2)

وقد رمز للعدد بالحروف رغبة في الاختصار، فالواو ترمز لستة، والباء لاثنين، والكاف لعشرين، والدال لأربعة، فـ«يَبٌّ»: اثنَا عشر، و«كدٌّ»: أربعة وعشرون.

والطاء ترمز لتسعة والياء لعشرة، وإليها أشار بقوله: «طائياً» و«يائياً» ويجٌّ ترمز لثلاثة عشر لأن الجيم ثلاثة، و«يه» ترمز لخمسة عشر لأن الهاء خمسة و«يز» ترمز لسبعة عشر لأن الزاي سبعة، وهذا يوضح لنا معنى: «كز».

واتفق أبو حنيفة والشافعي وأحمد في مسائل العول كلها(3). وخالف ابن حزم قول الجمهور، فقال: «ولا عول في شيء من مواريث الفرائض»(4). وتبع ابن عباس في ذلك.

---

(1) الشرح الصغير ٤/ ٦٤٨.

(2) نقلتها من مخطوطة عندي بخط ابن الناظم: العلامة: محمد شيخنا،

(3) مغني المحتاج ٣/ ٣٢- ٣٣ والمغني ٦/ ١٩٠- ١٩٢ والمحلى ٩/ ٢٦٢- ٢٦٣.

(4) المرجع السابق.

والأصل في العول حديثا ابن عباس وزيد بن ثابت، فعن، عبيد الله بن عتبة بن مسعود أنه هو وزفر بن أوس قدِمَا على ابن عباس رضي الله عنهما وأنه قال: أول من أعال الفرائض: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: «وذلك لما تداعت عليه، وركب بعضها بعضاً قال: والله ما أدري كيف أصنع بكم؟ والله ما أدري: أيكم قدم الله. ولا أيكم أخر؟ قال: وما أجد في هذا المال شيئاً أحسن من أن أقسمه عليكم بالحصص».

ثم قال ابن عباس: «وأيم الله لو قدم من قدم الله، وأخر من أخر الله ما عالت فريضة، فقال له زفر: وأيهم قدم وأيهم أخر؟ فقال: كل فريضة لا تزول إلا إلى فريضة فتلك التي قدم الله، وتلك فريضة الزوج له النصف فإن زال فإلى الربع، لا ينقص منه، والمرأة لها الربع فإن زالت عنه صارت إلى الثمن لا تنقص منه، والأخوات لهن الثلثان، والواحدة لها النصف فإن دخل عليهن البنات كان لهن ما بقي فهؤلاء اللائي أخر الله، فلو أعطي من قدم إليه فريضة كاملة ثم قسم ما بقي بين من أخر الله ما عالت فريضة». أخرجه البيهقي، والحاكم، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وأقره الذهبي، وأخرجه ابن حزم[1].

وأخرج البيهقي «عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أنه أول من أعال الفرائض، وكان أكثر ما أعالها به الثلثين».

وأخرج أيضاً عن الحارث: «عن علي رضي الله عنه في امرأة وأبوين وبنتين: صار ثمنها تسعاً»[2]. قال الحافظ بعد أن عزا تخريجه لأبي عبيد والبيهقي ـ: «وليس عندهما أن ذلك كان على المنبر، وذكره الطحاوي من رواية الحارث عن علي فذكر فيه المنبر»[3].

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ٢٥٣ والمستدرك ٤/ ٣٤٠ والمحلى ٩/ ٢٦٢- ٢٦٣.

(٢) السنن الكبرى ٦/ ٢٥٣.

(٣) تلخيص الحبير ٣/ ٩٠.

أَحْكَامُ الحَجْبِ

الحَجْب لغة الستر والمنع والحرمان قال تعالى: ﴿ كَلَّا إِنَّهُمْ عَن رَّبِّهِمْ يَوْمَئِذٍ لَّمَحْجُوبُونَ ﴾[1] أي ممنوعون من رؤية الله تعالى في الآخرة. فالمحجوب: الممنوع، والحاجب: المانع قال الشاعر:

«لـه حاجب عن كـل أمـر يشينُـه وليس له عن طالب العرف حاجبُ»

والحجب شرعاً هو المنع من الإرث كله أو من بعضه، فهو نوعان: حجب حرمان كحجب ابن الابن بالابن، والجد بالأب، وحجب نقصان كانتقال الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، والأم من الثلث إلى السدس، فهؤلاء والأب والولد لا يحجبون حجب حرمان، إلا لمانع إرث كرق وكفر. قال في التحفة:

«ولا سُـقُـوطَ لأبٍ وَلاَ وَلَـدْ وَلاَ لِـزَوْجَيْنِ وَلاَ أُمٍّ فـقـد»[2].

والأب يحجب الجد فيسقطه من الإرث، والأم تُسقط الجدة مطلقاً، أي من جهتها ومن جهة الأب، قال في الرحبية:

«والجَدُّ مَحْجُوبٌ عَنِ المِيرَاثِ بِـالأبِ فـي أحْـوالـه الـثـلاث
وتَسقُط الجَـدَّات من كـلِّ جِهـه بالأمِّ فافْهَمْهُ وَقِسْ مَا أشبهَهْ»[3]

---

(١) المطففين ١٥.

(٢) البهجة شرح التحفة ٢/٤٠٦.

(٣) شرح الرحبية ص ٨٨.

ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك(١).

ويحجب الأبُ الجَدةَ من جهتِه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أحمد: ترث أم الأب مع ابنها وكذلك أم الجد ترث معه(٢). وكلُّ جدَّةٍ بُعدى تَسْقُط بالقُربى من جهتها، وَتَسْقطُ البعدى من جهة الأب بالقربَىٰ مِن جهة الأم، ولا عكسَ؛ فالبُعْدَى من الأم لا تُسقطها القربى مِنَ الأب، قال الراجز:

«والجـدَّتـانِ فـاعْلَمَنْ إن كَـانَتـا ... فـي رُتـبَـةٍ واحـدة وَرِثَـتَـا
وإن تـك الـدنيـا التي لـلأُمِّ ... فتحجب الأخرى كذا في الحُكْمِ
وإن تَـكُ الدُّنيـا التي هيَ لِـلآبْ ... فمالها في حَجْبِ الأُخْرى من سَبب»(٣)

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي بسنده: «أن زيد بن ثابت كان يقول: إذا كانت الجدة من قبل الأم أقعد من الجدة من قبل الأب كان لها السدس، وإذا كانت الجدة من الأب أقعد من الجدة من قبل الأم جُعِلَ السدس بينهما»(٤). وبه قال الشافعي وأحمد ـ في أحد قوليهما، وقولهما الآخر أن الجدة القربى من جهة الأب تحجب البعدى من جهة الأم، وهو المذهب عند أبي حنيفة(٥).

وكل ابن أبعدَ يَسقط بأقرب منه، ويسقط الإخوة الأشقاء أو لأب بالإبن وإن نزل، وبالأب دِنية، ويسقط الإخوة لأب بالأشقاء، ويسقط الأخ لأُم بابن وبنت وإن سفلا، وبأب وبجد وإن علا(٦).

---

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٦٩.
(٢) المغني ٦/ ٢١١.
(٣) التاج والإكليل ٦/ ٤١١.
(٤) السنن الكبرى ٦/ ٢٣٧.
(٥) مغني المحتاج ٣/ ١٣ والمغني ٦/ ٢٠٩.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٦٤٩ـ ٦٥٠.

وبه قال الشافعي وأحمد، أما أبو حنيفة فإن الجَدَّ يُسْقط عنده الأخَ مطلقاً، شقيقاً كان أو لأب أو لأم(١).

ويسقط بنات الابن بابنتي الصلب فأكثر، مالم يكن معهن من يعصبهن من ولد الإبن ولو أنزل منهن، وتسقط الأخوات لأب بالأختين الشقيقتين فأكثر، مالم يكن معهن أخوهن فيعصبهن. ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك(٢) .

ولا يرث ابن الأخ مع الجد ولا يعصب أخته، بل يختص بالمال كله أو بما أبقت الفروض قال في الرحبية:

«ولَيْسَ إبنُ الأَخِ بالمعصِّبِ   مَن مِثلهُ أو فَوقَهُ في النَّسبِ»(٣).

وكل طبقة عليا تحجب التي بعدها في التعصيب.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢١ والروض المربع ٢/٢٥٤ واللباب ٤/١٩٣ ـ ١٩٤.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٦٨.

(٣)، شرح الرحبية ص ٩٢.

انقِسَامُ السِّهَامِ عَلَى الورثَةِ وانْكِسَارُهَا

وَرَدّ كلَّ صِنفٍ انكسرَتْ عليه سِهامُه، وقابَل بَيْن اثْنَيْن فأَخذَ أحد المُتَماثِلَيْن أو أكثرَ المتَداخِلَيْن، وحاصِلَ ضـرب أحدهما فِي وَفْقِ الآخرِ، إن تَوَافَقَا، وإلاَّ فَفي كُلِّه إن تَبَايَنا ثم بَيْن الحاصِلِ والثَالِث، ثم كَذلك.

* * *

لقد عرضنا سابقاً أصول الفرائض، وما يعول منها، وما تصح منه أية فريضة، وبينا أن العاصب يرث المال كلَّه عند عدم ذي فرض فأكثر، ويرث ما فضل بعد الفرض، والآن نبين كيفية قسم التركة.

إذا انقسمت السهام على الورثة كزوجة وثلاثة إخوة أشقاء أو لأب فالمسألة من أربعة للزوجة سهم ولكل أخ سهم واحد. وكذلك إذا تماثلت السهام مع الرؤوس كثلاثة بنين، فالسهام ثلاثة بقدر رؤوس الورثة ـ فالأمر واضح في كلتا المسألتين.

كما أن الأمر واضح أيضاً في تداخل السهام كزوج وأم وأخـوين فالمسألة من ستة للزوج النصف: ثلاثة وللأم السدس: ولكل أخ واحد[1].

(١) الشرح الصغير ٤/ ٦٩٨- ٦٩٩.

أما إذا لم تنقسم السهام على الورثة ولم تماثل ولم تتداخل، بل انكسرت على الورثة، فإن قاسم التركة ينظر بين السهم المنكسر، وبين المنكسر عليهم، بالموافقة والمباينة فقط، فإن كان بينهما وفق رد كل صنف انكسرت عليه سهامه إلى وفقه، وضرب وفق الرؤوس في أصل الفريضة.

مثال ذلك زوجة وستة إخوة أشقاء أو لأب، فالمسألة من أربعة، للزوجة الربع (واحد)، وللأخوة الستة ثلاثة منكسرة عليهم، ولكن بينهما توافق بالثلث، لأن في كل منهما ثلثاً صحيحاً، فيضرب الوفق وهو اثنان في الأربعة التي هي أصل المسألة، بثمانية للزوجة اثنان ولكل أخ واحد[1].

أما إذا لم توافق السهام الرؤوس، بأن باينتها، فإن الصنف المنكسر يضرب بتمامه في أصل المسألة، كبنت وثلاث أخوات شقيقات أو لأب، فالمسألة من اثنين، لأنها ليس فيها من الفروض إلا نصف، للبنت النصف: واحد، وللأخوات الثلاث واحد مباين لهن، فتضرب الرؤوس الثلاثة في أصل المسألة: اثنين بستة، للبنت: ثلاثة وللأخوات ثلاثة لكل منهن واحد[2].

وإن انكسرت السهام على صنفين قابل القاسم بين اثنين من الأصناف، فقد يتماثلان، وقد يتداخلان وقد يتوافقان وقد يتباينان، فإذا تماثلا اكتفى بأحد المتماثلين حتى يكون انكسار الصنفين بمنزلة انكسار صنف واحد.

مثال التماثل أم وأربعة إخوة لأم وستة إخوة لأب، فأصل الفريضة من ستة، لأن فيها سدساً وثلثاً، للأم السدس واحد، وللأخوة للأم: اثنان يوافقانهم بالنصف ووفقهم اثنان وللإخوة لأب ثلاثة، توافقهم بالثلث وترد الأربعة إلى اثنين، والستة إلى اثنين وفق كل منهما، فحصل بينهما تماثل، فنكتفي بأحدهما فنضربه في أصل المسألة ستة ـ باثني عشر، للأم واحد في

(١) المرجع السابق.
(٢) الشرح الصغير ٤/٦٩٩.

اثنين: اثنان، وللأخوة لأم: اثنان في اثنين: أربعة لكل منهم واحد، وللأخوة لأب ثلاثة في اثنين: ستة لكلٍّ واحد: اثنان[1].

وإذا تداخل اثنان من الأصناف اكتُفي بأكثرهما، وضرب في أصل المسألة، مثال ذلك أم وثمانية إخوة لأم، وستة إخوة لأب، فالمسألة من ستة، للأم السدس واحد وللإخوة لأم الثلث: اثنان لا ينقسمان عليهم، ولكن عددهم يوافقهم بالنصف فترد الثمانية إلى نصفها وهو أربعة وللأخوة لأب ثلاثة لا تنقسم عليهم، ولكن توافقهم بالثلث فنردهم إلى اثنين، واثنان داخلان في الأربعة فنكتفي بالأربعة، ونضربها في أصل المسألة: (ستة) بأربعة وعشرين، فمن له شيء من أصل المسألة أخذه مضروباً في أربعة فللأم واحد في أربعة: أربعة، وللإخوة لأم اثنان في أربعة: ثمانية، لكل منهم واحد، وللأخوة لأب ثلاثة في أربعة باثني عشر لكل منهم اثنان.

وإذا توافق الصنفان أخذ حاصل ضرب أحدهما في وفق الآخر، كأم وثمانية إخوة لأم وثمانية عشر أخاً شقيقاً أو لأب، فالمسألة من ستة، للأم السدس واحد وللإخوة لأم الثلث: اثنان، لا ينقسمان عليهم، لكن يوافقانهم بالنصف، فترد الثمانية لوفقها وهو أربعة. وللإخوة الأشقاء أو لأب ثلاثة لا تنقسم عليهم، لكن توافقهم بالثلث، فترد الثمانية عشر لوفقها ستة، وبين الستة والأربعة توافق بالنصف فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر باثني عشر، وتضرب اثنا عشر في أصل المسألة (ستة) باثنين وسَبعين، فمن له شيء في أصل المسألة أخذه مضروباً في اثني عشر، للأم واحد في اثني عشر، وللإخوة لأم اثنان في اثني عشر: أربعة وعشرون، لكل منهم ثلاثة وللإخوة الأشقاء أو لأب ثلاثة في اثني عشر: ستة وثلاثون لكل واحد منهم اثنان[2].

وإذا وقع الانكسار على صنفين وتباينا ضرب كل منهما في الآخر، كأم

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٧٣- ٤٧٤.

(٢) المرجع السابق.

وأربعة إخوة لأم وست أخوات شقيقات أو لأب، أصل المسألة من ستة، وتعول لسبعة، لأن فيها سدساً وثلثاً وثلثين، للأم واحد وللإخوة لأم اثنان، لا ينقسمان عليهم، لكن يوافقانهم بالنصف: اثنين، وللأخوات الست أربعة لا تنقسم عليهن، وتوافقهن بالنصف. ووفق الإخوة لأم اثنان مباين للثلاثة التي هي وفق الأخوات الست، فتضرب ثلاثة في اثنين بستة ثم تضرب الستة في أصل المسألة بعولها: سبعة فيحصل اثنان وأربعون، ومن له شيء من سبعة أخذه مضروباً في ستة، للأم واحد في ستة، وللأخوة لأم: اثنان في ستة: اثنا عشر، لكل واحد ثلاثة، وللأخوات أربعة في ستة: أربعة وعشرون، لكل واحدة أربعة.

وإذا وقع انكسار المسألة على ثلاثة أصناف، فإننا نعمل في صنفين منها ما تقدم في الانكسار على صنفين، ثم ننظر بين الحاصل من الصنفين، وبين الصنف الثالث بالموافقة والمباينة والمماثلة والمداخلة ونحو ذلك[1].

مثال ذلك جدتان وثلاثة إخوة لأم وخمسة إخوة لأب فالمسألة من ستة، للجدتين السدس: واحد مباين لهما، وللإخوة لأم اثنان مباينان لهما، وبين الاثنين والثلاثة تباين، فيضرب اثنان في ثلاثة ـ بستة، وللإخوة لأب الخمسة ثلاثة تباينهم فينظر بين الستة والخمسة ـ فإذا هما متباينان فتضرب خمسة في ستة بثلاثين ثم تضرب ثلاثون في الستة التي هي أصل المسألة بمائة وثمانين فمن له شيء من ستة أخذه مضروباً في ثلاثين، للجدتين ثلاثون، لكل منهما خمسة عشر، وللإخوة لأم ستون، لكل واحد منهم عشرون، وللإخوة لأب تسعون، لكل واحد منهم ثمانية عشر.

وغاية ما تنكسر فيه الفروض عند مالك ثلاثة أصناف[2]. أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فتنكسر عندهم على أربعة، لتوريثهم ثلاث جدات، كما تقدم ـ مثال ذلك ثلاث جدات وثلاثة إخوة لأم وزوجتان وأخوان شقيقان أو لأب.

---

(١) شرح الزرقاني لخليل ٨/٢١٨ ـ ٢٢٠.
(٢) المرجع السابق.

فالمسألة من اثني عشر، لأن فيها سدساً وربعاً، للجدات الثلاث سدس: اثنان مباينان لهن، وللإخوة لأم الثلث أربعة مباينة لهم، وللزوجتين الربع: ثلاثة تباينهما، وللأخوين الشقيقين أو لأب: ثلاثة تباينهما، إلا أن الجدات والإخوة لأم بينهما تماثل، كما أن الزوجتين والأخوين الشقيقين أو لأب ـ متماثلان، فنكتفي بأحد المتماثلين، ونضربه في الآخر أي نضرب ثلاثة في اثنين ـ بستة ثم نضرب الستة في الاثني عشر التي هي أصل المسألة، فيحصل اثنان وسبعون. فمن له شيء من اثني عشر أخذه مضروباً في ستة.

فللجدات اثنا عشر لكل منهن أربع، وللإخوة لأم أربعة وعشرون لكل منهم ثمانية، وللزوجتين ثمانية عشر، لكل منهما تسعة، وللأخوين الشقيقين أو لأب ثمانية عشر، لكل منهما تسعة.

مَوَانعُ الإرْثِ

لا يرث الرَّقِيقُ وَلا يُورَثُ ولاَ قاتِلٌ عمداً كَمُخطِىء فلا يَرِثُ مِن الدِية، ولا مخالفٌ في دِينٍ، وَحُكِمَ بينَ الكُفَّارِ بِحكمْ الإسْلاَم، ولاَ مَن جُهِل تَأَخُرُ موتِهِ، وَيُوقفُ القَسْمُ لِلحمل وَمال المفقودِ لِلحكم بِموته، وللخُنثى المشكِل نِصفُ نصيبَيْ ذَكَرٍ وَأنثى.

* * *

لا يرث رقيق ولا يورث، ولو كان حر البعض بل يأخذ سيده جميع ماله، لأن مال العبد لسيده، ولا يرث قاتل عمداً مقتوله ولو كان القاتل صبياً أو مجنوناً، مباشراً أو متسبباً وحتى لو كان قتله له بشبهة تدرأ عنه القتل، كقتل والد ولدَه بحديدة شأنها عدم القتل.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك في الموطإ: «عن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه فنُزى في جرحه فمات، فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له، فقال له عمر: اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة،

وأربعين خَلِفة، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: ها أنا ذا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء»(١).

ورواه ابن ماجه والشافعي وعبد الرزاق والبيهقي، قال البيهقي: ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. قاله في التلخيص»(٢).

ولا يرث قاتل خطإ من دية من قَتله، ويرث من ماله، ومن الخطإ ما إذا قتله معتقداً أنه حربي وحلف على ذلك ثم تبين أنه مورثه. ولا يتوارث أهل ملتين مختلفتين؛ فالمسلم لا يرث الكافر، والكافر لا يرث المسلم ولا يرث يهودي نصرانياً ولا العكس، وسوى اليهود والنصارى ملة واحدة؛ كالمجوس وعبدة الأوثان والشمس والقمر والشيوعيين فيقع التوارث بين الجميع(٣).

والأصل في ذلك كله الأحاديث الآتية: فعن محمد بن سعيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قام يوم فتح مكة فقال: «لا يتوارث أهل ملتين؛ المرأة ترث من دية زوجها وماله، وهو يرث من ديتها ومالها مالم يقتل أحدهما صاحبه عمداً، فإن قتل أحدهما صاحبه عمداً لم يرث من ديته وماله شيئاً، وإن قتل صاحبه خطئاً ورث من ماله، ولم يرث من ديته». أخرجه البيهقي وأقره، وتكلم الشافعي فيه(٤). ونقل ابن المنذر الإجماع على أن القاتل عمداً لا يرث من مال مَن قتله ولا من ديته شيئاً، وأن القاتل خطئاً لا يرث من دية من قتله»(٥).

وأخرج البخاري ومسلم عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا يرث

---

(١) الموطأ ٢/ ٨٦٧.
(٢) تلخيص الحبير ٣/ ٨٤.
(٣) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢٢٧- ٢٢٨.
(٤) السنن الكبرى والجوهر النقي أسفلها ٦/ ٢٢١.
(٥) الإجماع لابن المنذر ص ٧٠.

المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»[1]. وأخرج مالك أوله عن أسامة نفسه[2].

وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً، وزاد في آخره: «ولا يتوارث أهل ملتين»[3].

واتفق الثلاثة مع مالك في أن القاتل عمداً لا يرث من المقتول شيئاً ونقل ابن قدامة الإجماع على ذلك إلا رواية شاذة.

أما القاتل خطئاً فقال الشافعي وأحمد: لا يرث شيئاً، لا من الدية ولا من المال، وقال أبو حنيفة: لا يرث القاتل من المقتول إذا كان القتل يوجب قوداً أو كفارة، وإلا فيرث منه[4].

وفيما يخص منع التوارث بين أهل ملتين فقال أبو حنيفة وأحمد: لا يتوارث أهل ملتين أما أهل الملة الواحدة فيتوارثون بينهم، وقال الشافعي: لا توارث بين حربي وذمي، أما أهل ملتين فيتوارثون، فالكافر يرث الكافر وإن اختلفت ملتهما[5].

وحكم بين الكفار ـ كتابيين وغيرهم ـ بحكم الإسلام ـ إن تحاكموا إلينا برضى الطرفين، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ، وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[6].

ومن موانع الإرث الجهل بتأخر الموت، فإذا مات متوارثان في آن

(١) صحيح البخاري ٦/ ٢٤٨٤ وصحيح مسلم ٣/ ١٢٣٣.
(٢) الموطأ ٢/ ٥١٩.
(٣) السنن الكبرى ٦/ ٢١٨.
(٤) اللباب ٤/ ١٨٨ والمغني ٦/ ٢٩١ـ ٢٩٥ ومغني المحتاج ٣/ ٢٤ـ ٢٥.
(٥) المراجع السابقة.
(٦) المائدة ٤٢.

واحد وجهل أولهما موتاً فلا توارث بينهما، لما أخرجه مالك في الموطإ: «عن ربيعة بن عبد الرحمن، عن غير واحد من علمائهم أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة، ثم كان يوم قُديد ـ فلم يورث أحد منهم من صاحبه شيئاً، إلا من علم أنه قتل قبل صاحبه. قال مالك: وذلك الأمر الذي لا اختلاف فيه، ولا شك عند أحد من أهل العلم ببلدنا»(١).

وأخرج البيهقي: «عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي وابنها زيداً وقعا في يوم واحد والتقت الصائحتان فلم يدر أيهما هلك قبل، فلم ترثه ولم يرثها وأن أهل صفين لم يتوارثوا، وأن أهل الحرة لم يتوارثوا»(٢) وأخرج نحوه عن زيد بن ثابت.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أحمد: يرث كل منهما الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه»(٣) واستدل بما رواه البيهقي ـ بسنده ـ أن علياً ورث رجلاً وابنه وأخوين أصيبا بصفين، لا يدري أيهما مات قبل الآخر، فورث بعضهم من بعض». وروى البيهقي قبل هذا «أن علياً رضي الله عنه ورث قتلى الجمل، فورث ورثتهم الأحياء». قال: «ونحن إنما نأخذ بالرواية الأولى»(٤). أي أن علياً إنما ورث ورثتهم الأحياء.

ويوقف قسم التركة للحمل، فلا تقسم حتى تضع الحامل أو تقضي أقصى أمد الحمل المتقدم ذكره في باب العدة(١). فإن وضعت الحامل ولداً واستهل صارخاً ورث وإلا فلا، لحديث: «إذا استهل المولود ورث» رواه أبو داود عن أبي هريرة مرفوعاً، وتُكُلِّمَ في بعض رواته، وروى عن ابن حبان تصحيحه(٦). ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك(٧).

ويوقف مال المفقود، فلا يقسم على ورثته حتى يحكم القاضي بموته،

---

(١) الموطأ ٢/ ٥٢٠.
(٢) السنن الكبرى ٦/ ٢٢٢.
(٣) اللباب ٤/ ١٩٨ ومغني المحتاج ٣/ ٣٦ والمغني ٦/ ٣٠٨.
(٤) السنن الكبرى ٦/ ٢٢٢.
(٥) تبين المسالك ٣/ ٢٠٠.
(٦) نيل الأوطار ٦/١٨٥.
(٧) الاجماع لابن المنذر ص ٧٠.

وقيل: لا يتوقف موته على الحكم، بل متى انقضت مدة التعمير: سبعون أو ثمانون أو خمسة وسبعون سنة ـ حسبما تقدم في باب العدة[1]، يقسم ماله[2].

وهذا إذا كان مفقوداً في بلاد الإسلام أو الشرك، أما مفقود معركة المسلمين فيحكم بموته ـ إن لم يوجد ـ بعد انقضاء المعركة ويقسم ماله. وإن كانت المعركة بين المسلمين والكفار فبعد مضي سنة بعد انفصال الصفين[3].

ولا يرث ملاعن من ملاعنته إذا التعنت بعده، فإن ماتت قبل التعانها ورثها، ولا ترث ملاعنة من زوجها الذي التعن قبلها، فإن بدأت هي باللعان ومات قبل التعانه ورثته[4].

ويرث الخنثى المشكل باعتباره ذكراً وأنثى فيعطى نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى، فإن تبينت فيه علامة الأنوثة، كبوله من فرجه دون ذكره أو كان بوله من فرجه أكثر خروجاً ـ حكم له بحكم الأنثى، وإن تبينت فيه علامة الذكورة كبوله من ذكره دون فرجه، أو كان بوله أكثر خروجاً من ذكره ـ حكم له بحكم الذكر، واتضح حاله وزال إشكاله[5].

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي ـ بسنده ـ عن الحسن بن كثير أنه سمع أباه قال: «شهدت علياً رضي الله عنه في خنثى فقال: «انظروا مسيل البول فورثوه منه». وأخرج آثاراً أخر عن علي مثله[6].

ونقل ابن المنذر الإجماع على أن الخنثى يرث من حيث يبول «فإن بال

(١) تبيين المسالك ٣/ ٢٠٢.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٧١٧.
(٣) المرجع السابق.
(٤) شرح الزرقاني لخليل ٨/ ٢٢٧.
(٥) الشرح الصغير ٤/ ٧١٨- ٧٢٦.
(٦) السنن الكبرى ٦/ ٢٦١.

من حيث يبول الرجال ورث ميراث الرجال، وإن بال من حيث تبول المرأة ورث ميراث المرأة»[1].

أما حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر، من أين يورث؟ فقال: «يورث من حيث يبول». فقد أخرجه البيهقي، لكن قال: إن في إسناده: محمد بن السائب، ولا يحتج به[2].

---

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٧١.

(٢) السنن الكبرى ٦/ ٦/ ٢٦١.

باب بعض الآداب الشرعية

يُسَنُّ لآكلٍ وَشاربٍ تسميةٌ وحمدٌ بعد الفَراغِ ، ولعقُ أصابعَ وغسْلُها بمُزيل وتخليلُ ما بالأسنانِ، والأكل مِما يليهِ إلَّا في نحو الفاكِهةِ، والمصُّ عند الشُّربِ وكونُه في ثلاثةِ أنفاسٍ مسمياًّ في البَدْءِ، حامداً في الرفْعِ ، مُبيناً للإناءِ، والتناولُ باليمينِ وتقديمُ من على يمينهِ.

ويُكرهُ التَّنفُّسُ في الإنَاءِ كالنَّفخِ فيهِ وَفي الطَّعامِ لغير حاجةٍ، والاتكاءُ عَلى جَنبٍ أو ظَهرٍ حَالَ الأكلِ كالتربُّعِ .

* * *

يسن للآكل والشارب ـ ولو صبياً ـ أن يقول بسم الله ، لحديث عمر بن أبي سلمة قال: «كنت غلاماً في حجر رسول الله ﷺ، وكانت يدي تطيش في الصحفة، فقال لي رسول الله ﷺ: «يا غلام: سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك». أخرجه الشيخان وأخرج مالك بعضه»[1].

(١) صحيح البخاري ٥/ ٢٠٥٦ وصحيح مسلم ٣/ ١٥٩٩ والموطأ ٢/ ٩٣٤.

وإذا نسي التسمية في بداية الأكل أو الشرب، فليقلها لأوله وآخره لحديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله تعالى، فإن نسي أن يذكر اسم الله تعالى، في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره». أخرجه أبو دادو وسكت عنه وأخرجه الترمذي والنسائي(١).

ويسن للآكل والشارب أن يحمد الله بعد فراغه من الأكل أو الشرب لحديث: «إن الله ليرضى عن العبد أن يأكلَ الأُكْلة فيحمده عليها أو يشرب الشَّرْبة فيحمده عليها». أخرجه مسلم عن أنس بن مالك مرفوعاً(٢).

ويسن للآكل لعق يده، أي لحسها، لحديث ابن عباس مرفوعاً: «إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسح يده حتى يَلعقها أو يُلعقها»(٣). أخرجه الشيخان(٤).

ويندب غسل اليد بعد لعقها، وخصوصاً إذا كان في الطعام دسم لما رواه ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «من بَاتَ وفي يده ريح غمَر، فأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه». أخرجه البزار والطبراني في الأوسط بأسانيد، ورجال أحدهما رجال الصحيح، خلا الزبير بن بكار وهو ثقة، وقد تفرد به، كما قال الطبراني، قاله في مجمع الزوائد(٥).

أما حديث: «بركة الطعام الوضوء قبله، والوضوء بعده». فقد أخرجه أبو داود والترمذي عن سلمان مرفوعاً، لكنهما ضعفاه(٦).

ويندب للآكل تخليل أسنانه بعد الأكل، أي إزالة ما علق بها من الطعام لحديث أبي أيوب، قال: «خرج علينا رسول الله ﷺ فقال «حبذا

(١) مختصر سنن أبي داود ٥/ ٣٠٠.
(٢) صحيح مسلم ٤/ ٢٠٩٥.
(٣) أي يُلعقها غيره، ممن يحبه ولا يتقذر من ذلك.
(٤) صحيح البخاري ٥/ ٢٠٧٧ وصحيح مسلم ٣/ ١٦٠٥.
(٥) مجمع الزوائد / ٥/ ٣٠.
(٦) مختصر سنن أبي داود ٥/ ٢٩٧- ٢٩٨.

المتَخلِّلون». قالوا: وما المتخللون يا رسول الله؟ قال: «المتخللون بالوضوء والمتخللون من الطعام، أما تخليل الوضوء فالمضمضة، والاستنشاق وبين الأصابع، وأما تخليل الطعام فمن الطعام، إنه ليس شيء أشد على الملكين من أن يريا بين أسنان صاحبهما طعاماً وهو يصلي». رواه كله الطبراني، وروى أحمد منه طرفاً». وفي إسناده: واصل بن السائب، وهو ضعيف. قاله في مجمع الزوائد(١).

كما يندب للآكل إن أكل مع غيره أن يأكل مما يليه، لحديث عمر بن أبي سلمة المتقدم عن الشيخين، إلا في نحو فاكهة مما هو أنواع، فيجوز أن يتناول من أي جهة(٢).

ويندب مص الماء وقت الشرب ويكره عبه، ويندب التنفس ثلاث مرات خارج الإناء، ويكره التنفس في الإناء، والنفخ فيه، وفي الطعام، لما فيه من إهانة الطعام مما يخرج من الريق(٣).

والأصل في ذلك حديث أم سلمة قالت: «كان رسول الله ﷺ يبدأ بالشراب إذا كان صائماً، وكان لا يعب، يشرب مرتين أو ثلاثاً». رواه الطبراني بإسنادين وشيخه في أحدهما: أبو معاوية الضرير، ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات». وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ «كان يشرب ثلاثة أنفاس؛ إذا أدنى الإناء إلى فيه سمى الله، فإذا أخره، حمد الله يفعل ذلك ثلاث مرات» رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عتيق بن يعقوب، ولم أعرفه، وبقية رجاله رجال الصحيح. قاله الهيثمي فيهما(٤).

وفي صحيح البخاري من حديث عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه مرفوعاً:

---

(١) مجمع الزوائد ٥/ ٢٩ـ ٣٠.
(٢) الشرح الصغير ٤/ ٧٥٣ـ ٧٥٥.
(٣) المرجع السابق.
(٤) مجمع الزوائد ٥/ ٨٠ ـ ٨١.

«إذا شرب أحدكم فلا يتنفس في الإناء»[1]. وعن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يتنفس في الإناء أو ينفخ فيه» رواه أبو داود وابن ماجه، والترمذي وقال: حسن صحيح[2].

ويندب للآكل والشارب تناول الأكل والشرب باليمين لحديث عمر بن أبي سلمة المتقدم: «يا غلام سم الله وكل بيمينك، وكل مما يليك».

ويندب تقديم من على يمينك في الشراب ولو كان مفضولاً لحديث أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ أُتي بلبن قد شيب بماء، وعن يمينه أعرابي، وعن شماله أبو بكر، فشرب ثم أعطى الأعرابي وقال: «الأيمن فالأيمن». أخرجه البخاري[3].

ويكره للآكل أن يأكل متكئاً على جنب أو ظهر أو بطن أو متربعاً، لما في صحيح البخاري عن أبي جحيفة قال: «كنت عند النبي ﷺ فقال لرجل عنده: «لا آكل وأنا متكىء»[4]. والاتكاء يشمل التربع أيضاً والاعتماد على اليد اليسرى[5].

قال الدردير: «بل المطلوب جلوس كجلوسه ﷺ، أن يقيم ركبته اليمنى أو مع اليسرى، أو يجلس كالصلاة، وجثا، رسول الله ﷺ مرة على ركبتيه». يعني وقت الأكل، «فقيل له: ما هذه الجلسة؟ فقال: «إن الله جعلني عبداً كريماً، ولم يجعلني جباراً عنيداً»[6]. وهذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن عبد الله بن بسر ورمز السيوطي في الجامع الصغير إلى حسنه. وقال المناوي: «قال النووي في رياضه: إسناده: جيد، وقال غيره: رواته ثقات»[7].

* * *

(١) صحيح البخاري ٥/ ٢١٣٣.
(٢) مختصر سنن أبي داود ٥/ ٢٨٦.
(٣) صحيح البخاري ٥/ ٢١٣٠.
(٤) صحيح البخاري ٥/ ٢٠٦٢.
(٥) زاد المعاد ١/١٤٨ وفتح الباري ٩/٤٧٢.
(٦) الشرح الصغير ٤/ ٧٥٦.
(٧) فيض القدير ٢/ ٢٢٤.

وَيُسَنُّ لداخلٍ أو مارٍّ على غيرِه السلام عليه، ولفظُه: السلامُ عليكم، ويجبُ على سامعِه الرَّدُّ بمثلِ مَا قَالَ. وتُندب الزِّيادةُ، نحو: وَرحمة الله وَبَركاتهُ. والمصَافَحةُ لا الْمُعانقَةُ كتقبيلِ اليدِ لِغيرِ مَن تُرجى بَركتهُ.

* * *

يسن لمن دخل على غيره أو مر به أن يقول له: «السلام عليكم، ويجب على من سمعه أن يرد عليه بمثل ما قال: وعليكم السلام، وإن كانوا جماعة أجزأ عنهم واحد في السلام والرد، وتندب الزيادة في السلام وفي الرد، وآخر ما ينتهي إليه السلام والرد: البركة.

أما سنية البدء بالسلام فالأصل فيها ما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «يسلم الراكب على الماشي، والماشي على القاعد، والقليل على الكثير»(١). وفي رواية للبخاري: «يسلم الصغير على الكبير والمار على القاعد والقليل على الكثير»(٢).

أما وجوب رد السلام وسنية الرد بأحسن - فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾(٣) فإذا قال المُسلِّم: السلام عليكم، قال له الراد: وعليكم السلام ورحمة الله، ويكون رد بأحسن، وإذا قال: السلام عليكم ورحمة الله، قال له وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته، وهنا أيضاً كان الرد أحسن، أما إذا قال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، فيرد عليه بالمثل: وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته، ولا يزيد، لأن آخر ما ينتهى إليه السلام البركة. قاله ابن عباس رضي الله عنهما(٤).

---

(١) صحيح البخاري ٥/ ٢٣٠١ وصحيح مسلم ٤/ ١٧٠٣.

(٢) صحيح البخاري ٥/ ٢٣٠١.

(٣) النساء ٨٦.

(٤) الموطأ ٢/٩٥٩.

والأحسن أن يكون السلام كاملاً من الطرفين، إذ كل من تلك الدرجات: عشر حسنات، فعن عمران بن الحصين قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: السلام عليكم، فرد عليه ثم جلس، فقال النبي ﷺ: «عشر». ثم جاء آخر فقال: السلام عليكم ورحمة الله، فرد عليه فجلس فقال: «عشرون» ثم جاء آخر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، فرد عليه، فجلس فقال: «ثلاثون» أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي، وقال: حسن غريب من هذا الوجه(١).

أما إجزاء سلام أحد الجماعة، ورد أحدهم عنهم فالأصل فيه ما أخرجه مالك في الموطإ: «عن زيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «يسلم الراكب على الماشي، وإذا سلم من القوم واحد أجزأ عنهم»(٢). وأخرج أبو داود وابن عبد البر عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «يجزىء عن الجماعة إذا مروا أن يسلم أحدهم، ويجزىء عن الجلوس أن يرد أحدهم». وتكلم المنذري في بعض رواته، لكن قال ابن عبد البر: «هو حديث حسن، لا معارض له»(٣).

وتندب المصافحة لحديث قتادة، قال: «قلت لأنس: أكانت المصافحة في أصحاب رسول الله ﷺ؟ قال: نعم». أخرجه البخاري(٤).

وأخرج الشيخان من حديث كعب بن مالك: «دخلت المسجد فإذا رسول الله ﷺ جالس في المسجد وحوله الناس، فقام طلحة بن عبيد الله يهرول حتى صافحني وهنأني»(٥).

ومما يدل على ندب المصافحة حديث البراء بن عازب قال: قال رسول

---

(١) مختصر سنن أبي داود ٨/ ٦٨- ٦٩.
(٢) الموطأ ٢/ ٩٥٩.
(٣) مختصر سنن أبي داود ٨/ ٧٨- ٧٩ والتمهيد ٥ / ٢٩٠.
(٤) صحيح البخاري ٥/ ٢٣١١.
(٥) صحيح البخاري ٥/ ٢٣١١ وصحيح مسلم ٤/ ٢١٢٦.

الله ﷺ: «ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه[١]. وتقدم حديث: «تصافحوا يذهب الغل»[٢].

وتكره المعانقة قال في الرسالة: «وكره مالك المعانقة، وأجازها ابن عيينة»[٣]. واستدل مالك بحديث انس بن مالك قال: «قال رجل: يا رسول الله: أحدنا يلقى صاحبه أينحني له؟ قال: فقال رسول الله ﷺ: «لا» قال: فيلتزمه ويقبله؟ قال: «لا» قال فيصافحه؟ قال: «نعم إن شاء» أخرجه أحمد وابن ماجه والترمذي وحسنه[٤].

واستدل سفيان بن عيينة بما أخرجه أحمد وأبو داود عن رجل من عنزة أنه قال لأبي ذر - حين سير من الشام - إني أريد أن أسألك: «هل كان رسول الله ﷺ يصافحكم إذا لقيتموه؟ قال: ما لقيته قط إلا صافحني، وبعث إليَّ ذات يوم ولم أكن في أهلي، فلما جئت أخبرت أنه أرسل اليّ فأتيته وهو على سريره، فالتزمني، فكانت تلك أجود وأجود»[٥].

وذكر البخاري هذا الحديث في تاريخه الكبير وذكر أنه مرسل، قاله المنذري[٦].

ومعنى «فالتزمني» أي عانقني. فالالتزام: الاعتناق قاله في الصحاح.

ويكره تقبيل اليد، وظاهر كلام ابن أبي زيد في الرسالة أن ذلك في البر والفاجر، وقال ابن بطال: «إنما يكره تقبيل يد الظلمة والجبابرة، وأما يد الأب والرجل الصالح ومن ترجى بركته فجائز..»[٧]. ويستدل لهذا بحديث عائشة قالت: «قدم زيد بن حارثة المدينة، ورسول الله ﷺ في بيتي فأتاه

---

(١) مختصر سنن أبي داود ٨/ ٨٠.
(٢) تبيين المسالك ٤/٢٨٢.
(٣) الفواكه الدواني ٢/ ٣٥٤.
(٤) الفتح الرباني وشرحه بلوغ الأماني ١٧/ ٣٤٧- ٣٤٨.
(٥) المرجع السابق ومختصر سنن أبي داود ٨/ ٨١- ٨٢.
(٦) المرجع السابق.
(٧) كفاية الطالب ٢/ ٤٣٨.

فقرع الباب، فقام إليه رسول الله ﷺ عرياناً يجر ثوبه، والله ما رأيته عرياناً قبله ولا بعده فاعتنقه وقبله». أخرجه الترمذي وقال: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه من حديث الزهري إلا من هذا الوجه[1]. وأخرج أبو داود عن عبد الله بن عمر، وذكر قصة قال: «فدنونا - يعني من النبي ﷺ فقبلنا يده»[2].

وقال النووي في الأذكار: «وروينا في سنن أبي داود عن زارع رضي الله عنه - وكان في وفد عبد القيس قال: فجعلنا نتبادر من رواحلنا فنقبل يد النبي ﷺ ورجله». وروى في سنن أبي داود أيضاً عن ابن عمر مثله وروى عن الترمذي والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة قصة تقبيل اليهود يد النبي ﷺ ورجله.. واستدل بذلك على استحباب تقبيل يد العالم والصالح[3].

* * *

وَالِاستئذان لدخولِ بيتِ الغَيرْ واجبٌ، والسنةُ أن يقولَ: السلامُ عليكم، أأدخل؟ ثلاثاً، فإن أَحَسَّ بإذن وإلّا رجَع. وهَذا في غير المحالِّ المُعَدَّةِ للضيافةِ وَالشأنُ الإذنُ فِيها لُكلِّ واردٍ. ويُندب حمْدٌ للعاطِس، ويَجبُ تشميتُ من سمعَه كفايةً بقولِ: يَرحَمُكَ الله ويُندبُ ردُّ العاطسِ بقوله: يَغْفِرُ اللَّهُ لَنَا وَلَكُمْ.

* * *

يجب على كل من يريد دخول بيت لغيره أن يستأذن أهله، لقوله

(١) سنن الترمذي ٤/ ١٧٤- ١٧٥ ومختصر سنن أبي داود ٨/ ٨٧.
(٢) الأذكار ص ٢٣٤- ٢٣٥.

تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيرَ بُيُوتِكُم حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُم لَعَلَّكُم تَذَكَّرُونَ ﴾[1].

والاستئذان أن يقول: السلام عليكم ثلاثاً، أأدخل فإن أذن له دخل وإن قيل له: ارجع فليرجع، لقوله تعالى: ﴿ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا ﴾[2].

كما أن عليه أن يرجع إذا استأذن ثلاثاً ولم يؤذن له، لما في الموطإ والصحيحين ـ واللفظ لهما ـ عن أبي موسى وأبي سعيد أن رسول الله ﷺ قال: «إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع»[3]. ورواية مالك: «الاستئذان ثلاث، فإن أُذِن لك فادخل وإلا فارجع»[4].

وهذا في غير المحال المعدة للضيافة كالفنادق، والمحال المعدة للتجارة كالحوانيت فلا تحتاج إلى استئذان لأنها ما أعدت إلا لغرض الدخول فيها.

ويندب للعاطس أن يحمد الله، ويجب على من سمعه حمد الله أن يشمته فإن عطس بحضرة جماعة وحمد الله أجزأ تشميت واحد، كرد السلام فإن لم يحمد الله فلا يشمت له، والتشميت أن يقال لعاطس: يرحمك الله ويرد بقوله: يغفر الله لنا ولكم، أو يهديكم الله ويصلح بالكم.

والأصل في ذلك ما في صحيح البخاري عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله، وليقل له أخوه أو صاحبه: يرحمك الله، فإذا قال له: يرحمك الله، فليقل: يهديكم الله ويصلح بالكم»[5]. فإن لم يحمد الله فلا يشمت لما في صحيح مسلم من حديث أبي موسى ـ

(١) النور ٢٧.

(٢) النور ٢٨.

(٣) صحيح البخاري ٥/ ٢٣٠٥ وصحيح مسلم ٣/ ١٦٩٤.

(٤) الموطأ ٢/ ٩٦٤.

(٥) صحيح البخاري ٥/ ٢٢٩٨.

مرفوعاً ـ: «إذا عطس أحدكم فحمد الله فشمتوه، فإن لم يحمد الله فلا تشمتوه»(١).

وفي حديث سالم بن عبيد الأشجعي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا عطس أحدكم فليحمد الله قال: ـ فذكر بعض المحامد ـ وليَقُل له من عنده: يرحمك الله، وليرد ـ يعني عليهم ـ يغفر الله لنا ولكم». أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وقال: هذا حديث اختلفوا في روايته عن منصور، وقد أدخلوا بين هلال وبين سالم رجلاً(٢).

وأخرج مالك في الموطإ: «عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا عطس فقيل له: يرحمك الله، قال: يرحمنا الله وإياكم ويغفر لنا ولكم»(٣).

قال الباجي: «قال مالك: لا بأس أن يقول العاطس لمن يشمته: يهديكم الله ويصلح بالكم، وإن شاء قال: يغفر الله لنا ولكم، وهو مذهب الشافعي، ومنع أبو حنيفة أن يقول له: يهديكم الله ويصلح بالكم»(٤). واستدل أبو حنيفة بحديث سالم المتقدم، وأخرجه السخاوي أيضاً، وقال: «هكذا مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وخالفهم في ذلك آخرون، بل قالوا: يقول العاطس بعد أن يشمت: يهديكم الله ويصلح بالكم»(٥).

أما حد التشميت فثلاث لما في الموطإ «عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «إن عطس فشمته ثم إن عطس فشمته، ثم إن عطس فشمته، ثم إن عطس فقل: إنك مضنوك(٦). قال عبد الله بن أبي بكر: لا أدري: أبعد الثالثة أو الرابعة(٧)؟.

(١) صحيح مسلم ٤/ ٢٢٩٢.
(٢) مختصر سنن أبي داود ٧/ ٣٠٦.
(٣) الموطأ ٢/ ٩٦٥.
(٤) المنتقى ٧/ ٢٨٦.
(٥) شرح معاني الآثار ٤/ ٣٠١.
(٦) أي، مزكوم والضناك بالضم الزكام. النهاية ٣/ ١٠٣.
(٧) الموطأ ٢/ ٩٦٥.

قال الباجي: «وقول عبد الله بن أبي بكر: لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة، قال عيسى بن دينار: الذي يأخذ به مالك أن يبلغ بالتشميت ثلاثاً، فإن زاد على ذلك، فلا يشمته»(١) اهـ.

قلت: ويؤيده ما في سنن أبي داود عن أبي هريرة: «شمت أخاك ثلاثاً فما زاد فهو زكام» قال أبو داود رواه أبو نعيم عن موسى بن قيس عن محمد بن عجلان، عن سعيد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ»(٢).

* * *

خَاتِمةٌ: ختم اللَّهُ لِناقِلها أو قارِئِها وسامِعه بأحسن الخَواتِمِ. يجبُ على العبدِ شُكر المنْعِمِ، وَحقيقتهُ: صرفُ النِّعمةِ فيمَا أَمَر به المـوْلى أو أحلَّه، ويَجبُ الأمرُ بالمعروفِ والنهيُ عَنِ المُنكرِ، مع الأَمِنْ وَظَن الإفَادَة عَلَى العارِفِ، وكَفُّ الجوارِحِ عنِ الحَرامِ.

والمجاهدةُ لتَنقيةِ القَلْبِ مِنَ الحِقْدِ والحَسَد والكِبْر.

* * *

يجب على العبد شكر المنعم، وهو الله عز وجل، فشكره واجب شرعاً، وحقيقة الشكر أن يصرف العبد جميع ما أنعم الله به عليه في طاعته عز وجل. قال الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ والإِنسَ إلاَّ لِيَعْبُدُونِ﴾(٣) وقال

---

(١) المنتقى ٧/ ٢٨٦.

(٢) بذل المجهود ١٩/ ٢٦٩- ٢٧٠.

(٣) الذاريات ٥٦.

سهل بن عبد الله: «الشكر: الاجتهاد في بذل الطاعة مع الاجتناب للمعصية في السر والعلانية». نقله القرطبي[١].

ويجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لقوله تعالى: ﴿ وَلْتَكُن مِنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾[٢] وقال عز وجل: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ﴾[٣].

وأخرج مسلم عن أبي سعيد الخدري، قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رأى منكم منكراً فليغَيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»[٤]. وعن حذيفة أن النبي ﷺ قال: «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقاباً ثم تدعونه فلا يستجاب لكم». أخرجه الترمذي، وقال: حسن[٥].

ومحل وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون الآمر أو الناهي عالماً بما يأمر به أو ينهى عنه، وأن يكون آمناً على نفسه وغيره، ويظن الإفادة: قال ابن رشد: «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على كل مسلم بثلاثة شروط: أحدها: أن يكون عالماً بالمعروف والمنكر، لأنه إن لم يكن عارفاً بهما لم يصح له أمر ولا نهي إذ لا يأمن أن ينهى عن معروف أو يأمر بمنكر، الثاني: أن يأمن أن يؤدِّيَ إنكاره المنكر إلى منكر أكثر منه، مثل أن ينهى عن شرب خمر، فيؤول نهيه عن ذلك إلى قتل نفس وما أشبه ذلك، لأنه إذا لم يأمن من ذلك لم يجز له أمر ولا نهي. الثالث: أن يعلم أو يغلب على ظنه أن إنكاره المنكر مزيل له، وأن أمره بالمعروف مؤثر فيه ونافع، لأنه

---

(١) تفسير القرطبي ١/ ٣٩٨.

(٢) آل عمران ١٠٤.

(٣) التوبة ٧١.

(٤) صحيح مسلم ١/ ٦٩.

(٥) رياض الصالحين ص ١٠٣.

إذا لم يعلم ذلك ولا غلب على ظنه لم يجب عليه أمر ولا نهي، فالشرطان: الأول والثاني مشترطان في الجواز، والشرط الثالث مشترط في الوجوب»(١) اهـ.

ويجب على المكلف كف الجوارح عن الحرام، والجوارح هي: السمع والبصر واللسان واليدان والرجلان والبطن والفرج فيكف سمعه عن سماع الباطل والغيبة ونحو ذلك، ويغض بصره عن رؤية المحرم لقوله تعالى: ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ﴾(٢) كما يجب عليه صون لسانه عن الكذب، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾(٣) وقوله تعالى: ﴿ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾(٤)، وصونه عن الغيبة والنميمة لقوله عز وجل: ﴿ وَلَا يَغْتَب بَعْضُكُمْ بَعْضاً ﴾(٥) وقوله تعالى: ﴿ وَيْلٌ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ ﴾(٦) وعن الفحشاء لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ ﴾(٧).

ويجب عليه أن يكف يديه عن الحرام كالسرقة والبطش ولمس الأجنبية. لقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه». أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة(٨).

ويجب عليه كف رجليه عن المشي إلى محرم، كالمشي للسرقة وغيرها من المحرمات ويكف بطنه عن أكل الحرام كأكل الربا وأكل مال اليتيم، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم

(١) المقدمات الممهدات ٣/ ٤٢٥- ٤٢٦.
(٢) النور ٣٠.
(٣) الإسراء ٣٦.
(٤) الحج ٣٠.
(٥) الحجرات ١٢.
(٦) الهمزة ١.
(٧) النحل ٩٠.
(٨) صحيح مسلم ٤/١٩٨٦.

مُؤْمِنِينَ ﴾(١) وقوله عز وجل: ﴿ إِنَّ الذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ اليَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً ﴾(٢).

ويجب عليه حفظ فرجه من الزنا، لقوله تعالى: ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ﴾(٣).

ويجب عليه مجاهدة النفس لتنقية القلب من الحقد والحسد والكبر. لقوله ﷺ: «لا تباغضوا، ولا تحاسدوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخواناً». أخرجه الشيخان من حديث أنس مرفوعاً(٤).

وقال تعالى: ﴿ ولا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ وَلاَ تَمْشِ فِي الأَرْضِ مَرَحاً إِنَّ اللَّهَ لاَ يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ﴾(٥). ولقوله ﷺ: «لَا يدخل الجنة من كان في قلبه مثقال ذرة من كبر» قال رجل: إن الرجل يحب أن يكون ثوبه حسناً ونَعْله حسنة، قال: «إن الله جميل يحب الجمال، الكبر: بطر الحق: وغمط الناس». أخرجه مسلم عن ابن مسعود(٦). ومعنى بطر الحق دفعه وإنكاره، ومعنى غمط الناس: احتقارهم.

* * *

وَالتَّوبَةُ مِنَ الذُّنوبِ، وهِيَ الإِقْلاَعُ مع النَّدَم والعزْمُ على عَدم العْودِ، والخَوفُ مِنَ اللهِ تعالَى، وحسنُ الرَّجَاءِ، وَبِرُّ الوالِدَيْنِ وصِلَةُ الرَّحِم، وَمُوَالاَةُ المُسلمينَ وَالبَراءَةُ مِنَ الكَافِرِينَ.

* * *

(١) البقرة ٢٧٨.
(٢) النساء ١٠.
(٣) النور ٣٠.
(٤) صحيح البخاري ٥/ ٢٢٥٣ وصحيح مسلم ٤/ ١٩٨٣.
(٥) لقمان ١٨.
(٦) صحيح مسلم ١/ ٩٣.

تجب التوبة من الذنوب لقوله تعالى: ﴿ وَتُوبُواْ إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾[1] ولقوله عز وجل: ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا تُوبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَصُوحاً ﴾[2] وأخرج البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «والله إني لأستغفر الله وأتوب إليه في اليوم أكثر من سبعين مرة[3].

وباب التوبة مفتوح إلى أن تطلع الشمس من مغربها، روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى يبسط يده بالليل ليتوب مسيء النهار، ويبسط يده بالنهار ليتوب مسيء الليل حتى تطلع الشمس من مغربها»[4].

وشروط التوبة ثلاثة - إذا لم يكن للذنب تعلق بآدمي:

أولها: الإقلاع عن المعصية، والكفّ عنها.

وثانيها: الندم على فعلها.

وثالثها: أن يعزم أن لا يعود إليها أبداً.

وإذا كانت المعصية تتعلق بآدمي فشروط التوبة منها أربعة، وهي الثلاثة الآنفة الذكر، والرابع أن يبرأ من حق صاحبها، فإن كان مالاً رده إليه، وإن كان حد قذف ونحوه مكنه منه أو طلب منه العفو، وإن كان غيبة استحله منها[5]. ومحل ذلك إذا لم يخف مفسدة بذكرها. وإلا فليدع له. وعليه تجديد التوبة كلما اقترف ذنباً.

ويجب على المكلف الخوف من الله تعالى، قال تعالى: ﴿ وأَمَّا مَنْ

---

(١) النور ٣١.

(٢) التحريم ٨.

(٣) صحيح البخاري ٥/ ٢٣٢٤.

(٤) رياض الصالحين ١٢.

(٥) المرجع السابق ص ١٠- ١١.

خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى ﴾(١). كما يجب الطمع في رحمة الله وعدم القنوط منها فحسن الرجاء والخوف من الله والطمع في رحمته أمور متلازمة قال تعالى: ﴿ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ خَوْفاً وَطَمَعاً وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ ﴾(٢) وقال عز وجل: ﴿ وَمَن يَقْنَطُ مِن رَّحْمَةِ رَبِّهِ إِلاَّ الضَّالُّونَ ﴾(٣).

ويجب على المكلف بر والديه، أي إكرامهما والإحسان إليهما وطاعتهما فيما لا إثم فيه لقوله تعالى: ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَن لاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً ﴾(٤).

وبر الأم آكد لما تتحمل من المشاق في الحمل والوضع والرضاع قال تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ﴾(٥). وعن أبي هريرة قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله: من أحق بصحابتي؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك» قال: ثم من؟ قال: «أمك» قال ثم من؟ قال: «أبوك» متفق عليه(٦).

ولا يمنع فسقهما أو كفرهما من برهما فيبرهما بالقول اللين والمواساة بالمعروف، ولا يطيعهما في ترك واجب ولا سنة ولا مندوب، ولا في فعل محرم أو مكروه، قال تعالى: ﴿ وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ

---

(١) النازعات ٤٠.

(٢) السجدة ١٦.

(٣) الحجر ٥٦.

(٤) الإسراء ٢٣-٢٤.

(٥) لقمان ١٤.

(٦) رياض الصالحين ص ١٥٣.

بِـهِ عِلْمٌ فَلاَ تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً ﴾(١).

وصلة الرحم واجبة لقوله تعالى: ﴿ وَالذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ ﴾(٢) ولقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليصل رحمه» متفق عليه(٣). ويحرم قطعها، لقوله تعالى: ﴿ وَالذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ ﴾(٤) وأخرج الشيخان من حديث جبير بن مطعم أن النبي ﷺ قال: «لا يدخل الجنة قاطع رحم»(٥).

وواصل الرحم هو الذي يصل من قطعه لحديث: «ليس الـواصل بالمكافيء ولكن الواصل الذي إذا قطعت رحمه وصلها». أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر مرفوعاً»(٦).

ويجب على المسلم أن يـوالي المسلمين المؤمنين لقولـه تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُم أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾(٧) كما يجب عليه البراءُ من الْمُشرِكِينَ لقوله عز وجل: ﴿ وأذانٌ من اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الأَكبَرِ أَنَّ الله بَرِيءٌ مِن الْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُه ﴾(٨).

* * *

---

(١) لقمان ١٥.
(٢) الرعد ٢١.
(٣) رياض الصالحين ص ١٥٢.
(٤) الرعد ٢٥.
(٥) زاد المسلم ٥/ ٣٦٦- ٣٦٩.
(٦) صحيح البخاري ٥/ ٢٢٣٣.
(٧) التوبة ٧١.
(٨) التوبة ٣.

وَيَحْرُمُ التَّلَذُّذ بِرُؤْيَةِ أَجْنَبِيَّةٍ وَأمردَ واستماعُ المَلاهِي، إلا مَا أُبيحَ في النكاحِ واللَّعِبُ بنردٍ أو مَا فِيه قِمَارٌ، وَقولُ الزُّور وَالكذِب لِغيْر ضَرُورَةٍ، وَهَجْرُ الْمُسلِم أَخَاهُ فوقَ ثلاثٍ، إلَّا لِفسْقه، ويخرجُ مِنهُ بالسَّلامِ.

* * *

لا يحل لمسلم أن يتلذذ برؤية أجنبية ولا برؤية أمرد تخشى فتنته، لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾[1] ولحديث: «كتب على ابن آدم حظه من الزنا مدرك ذلك لا محالة، فالعينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام واليد زناها البطش، والرجل زناها الخُطا، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج ويكذبه». أخرجه مسلم عن أبي هريرة مرفوعاً[2].

ويحرم استماع الملاهي، أي الغناء المشتمل على محرم فإن لم يشتمل على محرم فمكروه ما لم يشتمل على مدح رسول الله ﷺ فيندب[3]. ويباح منه في النكاح ما لا يشتمل على محرم كالدف.

وتقدم في كتاب البيوع بسط الكلام على الغناء أتينا فيه بكلام الأئمة وأدلتهم[4].

ويحرم اللعب بنرد وشطرنج فإن اشتملا على أخذ مال فهما قمار وكذلك إذا سببا العداوة بين اللاعبين أو صدا عن ذكر الله وعن الصلاة».

---

(١) النور ٣٠.

(٢) صحيح مسلم ٤/ ٢٠٤٧.

(٣) الشرح الصغير ٤/ ٧٤٤.

(٤) تبيين المسالك ٣/ ٢٨١- ٢٨٥.

لقوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ والأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُم تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾(١) وقال عز وجل: ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾(٢) وأخرج مسلم عن بريدة أن النبي ﷺ قال: «من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه»(٣). قال النووي: «قال العلماء: النردشير: هو النرد؛ فالنرد: عجمي معرب وشير معناه حلو ـ وهذا الحديث حجة للشافعي والجمهور في تحريم اللعب بالنرد»(٤) اهـ.

ويَحرم قول الزور والكذب لقوله تعالى: ﴿ واجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾(٥) ولقوله عز وجل: ﴿ إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللهِ وأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴾(٦) إلا ما أذن الشرع فيه من الكذب لضرورة ونحوها، من ذلك الكذب لإنقاذ مسلم أو ماله، كأن يسألك لص عن مكان مسلم أو ماله فتخفيه عنه بكذب، وكالكذب للإصلاح بين المسلمين، وحديث أحد الزوجين للآخر. لما أخرجه الشيخان عن أم كلثوم مرفوعاً: «ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيراً أو يقول خيراً»(٧). وفي رواية مسلم «قال ابن شهاب: «ولم أسمع يرخص في شيء مما يقول الناس كذب إلا في ثلاث؛ الحرب والإصلاح بين الناس، وحديث الرجل امرأته، وحديث المرأة زوجها»(٨).

وقال في فتح المنعم: «واتفقوا على جواز الكذب عند الاضطرار كما

---

(١) المائدة ٩١.
(٢) البقرة ١٨٨.
(٣) صحيح مسلم ٤/ ١٧٧٠.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٥/ ١٥.
(٥) الحج ٣٠.
(٦) النحل ١٠٥.
(٧) زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم ٢/ ١٥٩ـ ١٦١.
(٨) صحيح مسلم ٤/ ٢٠١١ـ ٢٠١٢.

لو قصد ظالم قتل رجل وهو مختف عنده، فله أن ينفي كونه عنده، ويحلف على ذلك ولا يأثم»[1] اهـ.

ويحرم هجر المسلم لأخيه المسلم لحديث: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال، يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا وخيرهما الذي يبدأ بالسلام». أخرجه الشيخان[2].

وبابتداء السلام ينتهي الهجران، إلا إذا كان هجره لوجه شرعي كفسقه أو بدعته فيشرع هجره إلا لخوف ضرر[3].

* * *

وَيَنبغِي للعبدِ أن يُحبَّ لأخيهِ المُسلِم المؤمِنِ ما يُحبُّ لِنَفْسهِ، وأن يُكرمَ جَاره وَضَيفَه، ولْيُحسن إلى نفسِه بما يَقِيهَا من موبقات الذنوب وموجبات الخزي في الآخرة والدنيا، غاضّاً عَن عُيُوبِ غَيْره، نَاظِراً لعيُوبِ نفسِه، راجياً عَفْوَ الله خَائِفاً مِنْ سَطْوتِه تَعَالى. وَعَليه بِكثْرَةِ الاسْتِغْفَارِ وَالدُّعَاءِ والتَّعَوُّذِ فِي جَميعِ الأَحْوالِ. وَأحسَنُه مَا وَرَدَ في القُرآنِ والسُّنَّةِ.

* * *

يستحب للمسلم أن يحب لأخيه المؤمن ما يحب لنفسه، لأن ذلك من

---

(١) فتح المنعم على زاد المسلم ٢/ ١٦٠.
(٢) رياض الصالحين ص ٥٦٧ .
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٧٤٥.

تمام الإيمان قال رسول الله ﷺ «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه». أخرجه الشيخان عن أنس[(١)].

كما يستحب له إكرام الجار والضيف لقوله تعالى: ﴿ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ ﴾[(٢)]. وقوله ﷺ: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه». أخرجه الشيخان عن ابن عمر[(٣)]. وأخرج مسلم عن أبي شريح الخزاعي مرفوعاً: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحسن إلى جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت»[(٤)].

وعلى المسلم أن يحسن إلى نفسه بما يقيها خزي الدنيا وعذاب الآخرة وَأن يقي أهله من ذلك لقوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالحِجَارَةُ ﴾[(٥)] وذلك بامتثال أوامر الله واجتناب نواهيه، وعليه أن ينظر إلى عيوبه ويغض عن عيوب غيره ويسترها لحديث: «لا يستر عبد عبداً في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة». أخرجه مسلم عن أبي هريرة مرفوعاً[(٦)].

وعلى المسلم أن يرجو رحمة الله ويخاف عذابه فيخشى الله ويتقيه ولا ييأس من رحمته لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَيْأَسُوا مِن رَوْحِ اللهِ إِنَّهُ لَا يَيْأَسُ مِن رَوْحِ اللهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ ﴾[(٧)] ولا يأمن مكر الله: ﴿ فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ ﴾[(٨)].

---

(١) زاد المسلم ٥/ ٣٣٧- ٣٣٩.
(٢) النساء ٣٦.
(٣) رياض الصالحين ص ١٤٨.
(٤) صحيح مسلم ١/ ٦٩.
(٥) التحريم ٦.
(٦) صحيح مسلم ٤/ ٢٠٠٢.
(٧) يوسف ٨٧.
(٨) الأعراف ٩٩.

وعلى المسلم أن يُكثر الاستغفار والدعاء والتعوذ، لقوله تعالى: ﴿ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّاراً ﴾(1) وقال عز وجل: ﴿ وَقَالَ رَبُّكُمُ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ ﴾(2). وأفضل ذلك ما جاء في القرآن والسنة الصحيحة. قال تعالى: ﴿ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَإِسْرَافَنَا فِي أَمْرِنَا وَثَبِّتْ أَقْدَامَنَا وَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾(3). ومثل هذا كثير في القرآن. وعن شداد بن أوس مرفوعاً: «سيد الاستغفار أن تقول: اللهم أنت ربي لا إله إلا أنت خلقتني وأنا عبدك وأنا على عهدك ووعدك ما استطعت، أعوذ بك من شر ما صنعت أبوء لك بنعمتك علي وأبوء لك بذنبي فاغفر لي فإنه لا يغفر الذنوب إلا أنت». أخرجه البخاري(4).

* * *

وَيَجُوزُ أن تَرقي نفسَك أو غيرَك بأسماءِ الله تعـالى، وتعليقُ تميمةٍ فيها شَيء من ذَلك، والتَّداوِي ظاهراً وبَاطناً بِما عُلِمَ نفعُه في الطِّب، إلاَّ النَّجس فيُكرهُ في الظَّاهر، ويحرم في الباطن، وَتجُوزُ الحِجَامَةُ والفَصْد وَالكَيُّ، وَقد تُندَبُ أو تجِبُ، بحَسبِ الحَاجةِ.

* * *

يجوز للمسلم أن يرقي نفسه ويرقي غيره إذا كانت الرقى بكتاب الله وأسمائه عز وجل، لحديث عوف بن مالك الأشجعي قال: «كنا نَرقى في

(1) نوح ١٠.

(2) غافر ٦٠.

(3) آل عمران ١٤٧.

(4) صحيح البخاري ٥/ ٢٣٢٣- ٢٣٢٤.

الجاهلية فقلنا: يا رسول الله كيف ترى في ذلك؟ فقال: «اعرضوا على رقاكم، لا بأس بالرُّقى ما لم يكن فيها شرك». أخرجه مسلم(١).

وفي الصحيحين عن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا اشتكى منا إنسان مسحه بيمينه، ثم قال: «أَذهب البأس رب الناس واشف، أنت الشافي، لا شفاء إلا شفاؤك شفاء لا يغادر سقماً»(٢).

ويجوز تعليق التميمة التي بمعنى المعاذة بحيث يكون فيها شيء من القرآن أو أسماء الله. قال في الرسالة: «ولا بأس بالمعاذة تعلق وفيها القرآن»(٣). قال في مسالك الدلالة: «لأن الله أنزل القرآن شفاء ورحمة وهدى وبركة ونوراً، فكما يستشفى ويتبرك بقراءته، كذلك بكتابته، وليس تعليقه من التمائم، ولا ما هو داخل في حدها» وقد روى أبو نعيم في الطب عن عائشة قالت: لا بأس بتعليق التعويذ من القرآن قبل نزول البلاء، وبعد نزول البلاء»(٤) اهـ . أما حديث: «من علّق تميمة فقد أشرك» وحديث: «من علق ودعة فلا ودع الله له، ومن علق تميمة فلا تمم الله لـه» فقد أخرجهما أحمد والحاكم، وأشار السيوطي إلى صحة الأول وإلى ضعف الثاني. لكن: «قال ابن حجر كغيره: محل ما ذكر في هذا الخبر وما قبله: تعليق ما ليس فيه قرآن ونحوه، أما ما فيه ذكر الله فلا نهي عنه، فإنه جُعل للتبرك والتعوذ بأسمائه وذكره»، نقله المناوي(٥).

ويجوز التداوي في ظاهر الجسد وباطنه بما علم نفعه في علم الطب لحديث: «لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل». أخرجه مسلم عن جابر مرفوعاً(٦). إلا النجس فلا يتداوى به، إلا لضرورة. قال في الرسالة: «ولا يتعالج بالخمر ولا بالنجاسة ولا بما فيه ميتة، ولا بشيء مما حرم الله سبحانه وتعالى»(٧).

---

(١) صحيح مسلم ٤/ ١٧٢٧.
(٢) المرجع السابق ٤/ ١٧٢١- ١٧٢٢ وزاد المسلم ١/ ٣٩.
(٣) الرسالة الفقهية ص ٢٨٣.
(٤) مسالك الدلالة ص ٤٢٨.
(٥) فيض القدير ٦/ ١٨٠ - ١٨١.
(٦) صحيح مسلم ٤/ ١٧٢٩.
(٧) الرسالة الفقهية ص ٢٨٣.

قال الباجي: «المشهور منع التداوي بالخمر وفي نجس غيره بظاهر الجسد قولان لابن سحنون ومالك، وفي حديث وائل الحضرمي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لطارق بن سويد ـ وقد سأله عن الخمر يصنعها للدواء: إنها ليست بدواء ولكنها داء أخرجه مسلم. نقله زروق[1].

والحديث الذي عزا لمسلم، هو في صحيحه بلفظ: «إنه ليس بدواء ولكنه داء»[2]. وهذا في غير إساغة الغصَّة، أما لإساغتها فيجوز منها ما يزيل الغصة إن لم يوجد غيرها لإزالتها مما هو مباح[3].

هذا وتقدم في باب المباح أن النجس إذا جرب نفعه في العلاج كنقل دم إنسان لا يضر به إلى مريض يخاف الهلاك، ولم يوجد له دواء طاهر فإنه يجوز لضرورة التداوي به، لأنه مما جرب شفاؤه حتى أصبح لسرعة إسعافه للمريض لا غنى عنه.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾[4] قال القرطبي: «والحجة في ذلك أن الضرورة تَرفع التحريم فيعود مباحاً»[5] اهـ. وقال في مراقي السعود.

«قد أسس الفقه على رفع الضرر وأنما يشق يجلب الوطر»[6].

أما حديث أم سلمة: «إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم». فقد رواه الطبراني كما في الجامع الصغير، قال المناوي: «قال الهيثمي: إسناده منقطع، ورجاله رجال الصحيح، ورواه عنه أيضاً ابن حبان والبيهقي باللفظ المذكور، قال في المهذب: «وإسناده صُوَيلح»[7] اهـ.

لكن قال النووي: إن هـذا الحديث يحمل على ما إذا وجد ما يتداوى

---

(١) شرح زروق للرسالة ٢/ ٤١٠.
(٢) صحيح مسلم ٣/ ١٥٧٣.
(٣) مختصر خليل ص ٩٢.
(٤) الأنعام ١١٩.
(٥) تفسير القرطبي ٢/ ٢٢٧.
(٦) نشر البنود على مراقي السعود ٢/ ٢٧٠.
(٧) فيض القدير ٢/ ٢٥٢.

به من الحلال، قال: «فهو حرام عند وجود غيره، وليس حراماً إذا لم يوجد غيره»(١) اهـ.

وتجوز الحجامة للدواء، وقد تندب أو تجب إذا كان الشفاء لا يتم إلا بها، ففي صحيح البخاري عن أنس رضي الله عنه قال: إن النبي ﷺ قال: «إن أمثل ما تداويتم به الحجامة..»، وترجم له البخاري بباب الحجامة من الداء(٢).

* * *

قد تَمَّ بِحمدِ اللَّهِ ما قَصدتُّ اقْتِطافَه مِن أَقْرَبِ المَسالِكِ لِيَتَدَرَّبَ بِه إليه السَّالِكُ ولكونِ أحْكَامِ الْمِيرَاثِ أُفرِدتْ بِالتأْليف لم أذْكرها فِي هذه الْعُجَالة(٣) وَإنِّي أَلْتَمِسُ مِمَّن سَرَّحَ فِيها نَظَره، وَهُو يَبتغِي الآخرَة، أن يَدعُوَ لِي بِالْمَغْفِرَةِ. وإن وَجَد فِيهَا خَللاً فلينَبِّه عليهِ دُون أن يُغَيِّرَهُ، فَقد يَنبُو صَارِمُ الفَهْمِ وَيَسبقُ غَيْرُ الصَّوَابِ إِلَى الوَهْمِ.

وَالْحَمدُ للهِ الذِي جَعَلَنَا مُسْلِمِينَ وشَرَّفَنَا بِالإيمانِ بِسَيِّد المُرْسَلِين وَخَاتَم النَّبِيينَ، اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَيهِ وعلى آلهِ وصَحْبِهِ وتابِعِيهِم بِإِحسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ صَلاةً وسلاماً ترضاهُمَا لَه وتَرضى بِهما عَنَّا يَا أَرْحَمَ الرَّاحِمِينَ وَثَبِّتْنَا اللَّهُمَّ عَلَىٰ سُنَّتِه وَامْلأ قُلُوبَنا مِن مَحَبَّتِكَ وَمَحَبَّتِه إلى أن نَلقَاكَ يَا رَبَّ العَالَمِين.

* * *

(١) المجموع ٩/ ٥١. (٢) صحيح البخاري ٥/ ٢١٥٦.

(٣) تقدم في مقدمة الكتاب ذكر الأبواب التي لم يأت بها المؤلف رحمه الله، ومن ضمنها التركة، وقد أدرجت تلك الأبواب كلها بعناية ابنه المرحوم: الشيخ أحمد بن عبد العزيز آل مبارك طيب الله ثراه.

خاتمة (أسأل الله حسنها)

لقد تم بحمد الله وحسن عونه كتاب تبيين المسالك على يد مؤلفه: محمد الشيباني بن محمد بن أحمد النجمري الشنقيطي (الموريتاني) غفر الله له ولوالديه، ولمن له حق عليهم وعليه، وأحسن إليهم وإليه، وغفر لسائر المسلمين، الأحياء والميتين.

وكان الفراغ منه يوم الأحد الثامن والعشرين من شعبان سنة ١٤١٠هـ الموافق ٢٥ مارس سنة ١٩٩٠م.

وإني لأدعو الله عز وجل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم وأن يمنحه القبول بفضله العظيم، وأن يجعله عملاً لا ينقطع منه الثواب فيكون ذخراً لنا يوم نلقى من إليه المرجع والمآب. فيدخل في مضمون الحديث الشريف: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة؛ إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له». أخرجه مسلم عن أبي هريرة مرفوعاً[١].

قال عياض: «الانتفاع بعلمه بعده يكون ببثه لمن يحمله عنه، أو بإبداعه التأليف». نقله الأبي وقال: «وشرط الجميع في ذلك النية، وكان شيخنا أبو عبد الله ـ يعني ابن عرفة ـ يقول: إنما تدخل التآليف في ذلك إذا اشتملت على فوائد زائدة، وإلا فذلك تخسير للكاغد»[٢] اهـ.

---

(١) صحيح مسلم ٣/ ١٢٥٥.

(٢) إكمال الإكمال ٤/ ٣٤٥- ٣٤٦.

وفي الختام أدعو الله عز وجل امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَقَالَ رَبُّكُم ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ﴾[1] أدعوه بما كان يدعو به رسول الله ﷺ، فعن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يدعو: «اللهم اغفر لي خطيئتي وجهلي وإسرافي في أمري، وما أنت أعلم به مني، اللهم اغفر لي جدي وهزلي وخطئي وعمدي، وكل ذلك عندي، اللهم اغفر لي ما قدمت وما أخرت وما أسررت، وما أعلنت وما أنت أعلم به مني، أنت المقدِّم وأنت المؤخِّر، وأنت على كل شيء قدير». متفق عليه[2].

وكان أكثر دعائه ﷺ: «رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ»[3] أخرجه الشيخان عن أنس[4].

و «الحَمْدُ لِلَّهِ الذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلاَ أَنْ هَدَانَا اللَّهُ»[5] وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا «أنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ»[6].

---

(١) غافر ٦٠.
(٢) بلوغ المرام ص ٣١٣.
(٣) البقرة ٢٠١.
(٤) بلوغ المرام ٣١٣.
(٥) الأعراف ٤٣.
(٦) يونس ١٠.

تقاريظ العلماء لكتاب تبيين المسالك

تقريظ العلامة الشيخ سيدي أحمد الملقب: الشيخ بيه بن السالك المسومي الشنقيطي (الموريتاني) رئيس المحاكم الشرعية بالعين، كتب ما نصه:

بسم الله الرحمن الرحيم

لا شك أن الفقه فهم للشريعة يمازج النفس ويتفاعل معها حتى يصير لها كالطبع تتعرف من خلاله على الشرائع السماوية التي أنزلها الله سبحانه وتعالى لإرشاد المكلفين إلى فهم ما يراد منهم وما يلزمهم أمام الله تعالى، في حقه سبحانه وفيما يجب عليهم أمام أنفسهم، وأمام المجتمع أمماً وأفراداً فهو طبع مكتسب بالممارسة والمدارسة لمعاني الشريعة ومقاصدها.

وقد أخبر رسولنا الأعظم ﷺ أن التفقه في الدين علامة على أن صاحبه أراد الله تعالى به الخير: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين». وهذا التفقه في الدين لا سبيل إليه إلا بفهم مقاصد أدلة الأحكام وهي الكتاب والسنة، إذ هما مجال الفهم المكتسب منها: ﴿ يَرْفعِ اللَّهُ الذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالذِينَ أُوتُوا الْعِلْم دَرَجَاتٍ ﴾ وهما المصدران الأساسيان للوحي المنزل من عند الله تعالى. لا فرق في ذلك بين مَا أنزل لفظه وهو كتاب الله تعالى، وبين ما أنزل معناه؛ وهو سنة رسوله ﷺ. لأن كلاً معناه من عند الله وعن طريق رسوله: ﴿ وَمَا يَنطِقُ عَنِ الهَوَىٰ إنْ هُوَ إلاَّ وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴾ .

وبعد انقطاع هذا الوحي تولى علماء الأمة رضي الله عنهم حمل هذه

الرسالة، بما رزقوا من فهم متوقد، وتوفيق من الله تعالى، فقام الصدر الأول بجمع القرآن وحفظه وكتابته، كما قاموا برواية الحديث وسماعها من معينها الأول الأصلي والتفقه فيهما قولاً وعملاً، وكانت حياتهم كما يقال قرآناً يمشي على الأرض، ثم قام التابعون وتابعوهم بتدوين السنة ثم الذين يلونهم بتمحيصها والذب عنها وتنقيتها من الزيف والأباطيل التي حاول الكذابون والوضاعون خلطها بها لشتى الأغراض الفاسدة، ثم بعد تلك القرون الخيرة لم يبق للقرون الأخرى إلا الاتباع والدراسة والفهم والتفقه.

وسار المسلمون على هذا المنهج إلى أن أصيب الفقه بأكبر انتكاسة عرفها التاريخ عندما تقاصرت الهمم واكتفى الفقهاء بكتابة المختصرات والاستغناء بها عن الكتاب والسنة، وصار هم الطالب حفظ الفروع مجردة، وانقطعت الصلة بين هذه الفروع وأصولها إلا النادر القليل. وانتقل اسم الفقيه من عالم مجتهد متوسط في العلوم، عارف بالكتاب والسنة ومواقع الإجماع، محيط بآلات الاجتهاد من علوم عربية ومعرفة بالناسخ والمنسوخ والعام والخاص والمجمل والمبين والمبهم والمفسر والمقيد والمطلق، إلى حافظ للفروع لا يعرف كيف ولم. ومن هنا أحاط الظلام بالفقه، وأصبح هم الفقيه في أحسن أحواله هو حل ألفاظ المختصرات وتقرير معناها، وبيان مراد المؤلف منها، وأصبح مطلق المختصرات ومقيدها وعامها وخاصها ومنطوقها ومفهومها حجة كأنها نصوص الكتاب والسنة.

ولكن الله تبارك وتعالى حافظ لدينه فقد انبرى العلماء لتغيير هذا الجمود وفتح الأبواب المسدودة وعالجوا الفقه محاولين رده إلى سيرته الأولى، وقد قرأت في هذا الصدد لأخينا وزميلنا: الفقيه الشيخ محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني كتابه الفريد: تبيين المسالك الذي شرح به كتاب تدريب السالك إلى أقرب المسالك لمؤلفه العلامة الشيخ عبد العزيز بن حَمد آل مبارك رحمه الله تعالى. اختصر هذا الأخير مؤلفه من مختصر أقرب المسالك للشيخ الدردير المالكي رحمه الله تعالى.

وقد طالعت كتاب تبيين المسالك فوجدته جمع إلى غزارة المادة الفقهية وسلاسة الأسلوب ـ الالتزام بإبراز الدليل، ولم يكتف بإيراد الدليل على الفرع وحسب، بل إنه التزم بتخريج الأحاديث وعزوها إلى مصادرها من الموطإ والصحيحين وأصحاب السنن والمسانيد أو المعاجم أو المصنفات وضبط المراجع في السور والآيات.

فكان هذا الكتاب ـ بحق ـ أنموذجاً لبغية طالب العلم وغاية لمن يريد التبصر ليستبين به ـ على الأقل ـ الفرع الثابت بدليل قطعي من الكتاب والسنة المتواترة، أو بدليل ظني من السنة النبوية المنقولة بطريق الآحاد ومسالك المذاهب في هذا النوع الأخير من الأحاديث، وبيان الراجح منها ودليل رجحانه، مبيناً ـ في الغالب ـ آراء المذاهب المتبوعة لمن يريد الاطلاع عليها، فهو فقه مقارن، وأحكام مردودة إلى الله ورسوله ﷺ.

ومع ذلك فقد التزم بالأدب العلمي، فلا يجرح هذا لرأيه، ولا هذا لمخالفة مذهبه أو ضعف مدركه. فإذا عرض له فرع خالف فيه الإمام مالك ظاهر النص ـ وهو أمر نادر غاية الندور نسبياً ـ ونحن نعلم أن الدارقطني ألف كتاباً في غرائب مالك رضي الله عنه. ولم نطلع عليه ـ فإذا عرض للمؤلف فرع قرر دليل مالـك ودليل الآخرين، وقارن بين الأدلة وترك للقارىء الحكم على الموقف بأدب رفيع.

وأسوق مثالاً واحداً على ذلك خوف التطويل ـ وهو رأي مالك رضي الله عنه في إلزام القضاء لمن أفطر ناسياً بأكل أو شرب في نهار رمضان فقد ذكر المؤلف رأي مالك رحمه الله وقارنه برأي الثلاثة رحمهم الله، ثم ساق دليلهم من حديث الصحيحين، ثم دفاع الشيخين: الباجي وابن العربي عن رأي الإمام بقول الأول: «والدليل على ما نقوله أن ما يفسد الصوم بعدمه على وجه العمد، يفسد به على وجه النسيان كالنية». وهو كما يرى القارىء ـ قياس للشرب والأكل على النية، لأن نسيانها يفسد الصوم كعمدها، وقول الثاني: «تمسك جميع فقهاء الأمصار بظاهر هذا الحديث وتطلع مالك إلى

المسألة من طريقها فأشرف عليه، لأن الفطر ضد الصوم والإمساك ركن الصوم، فأشبه ما لو نسي ركعة من الصلاة فإنه يأتي بها ويتم صلاته فكذلك في الصوم يتم صومه بالإمساك في ذلك اليوم الذي شرب فيه أو أكل ناسياً، ثم يقضي صوم ذلك اليوم كإتيانه بالركعة التي نسيها، وسجوده للزيادة مثلاً». وهذا أيضاً قياس للصوم على الصلاة، فالإمساك في الصوم ركن فقاسه على ركن من أركان الصلاة، وهو الركعة بجامع أن كلاً منهما ركن ونسيانه يبطل.. إلخ.

فإذا قارنا موقف المؤلف بموقف العلامة الشيخ الصديق الغماري في هذه المسألة في كتابه مسالك الدلالة في تخريج أحاديث الرسالة عند قولها: «وإن أفطر ناسياً في التطوع فلا قضاء عليه بخلاف الفريضة حيث قال: «قلت هذه التفرقة ليس لها حجة مقبولة، ولا دليل عليها من الكتاب والسنة أصلاً، بل مخالفة لصريح النصوص، فالله أعلم بمستند مالك فيها، ثم أورد حديث الصحيحين الذي أورده المؤلف، وإذا قارنا بين الأسلوبين عرفنا أنهما وصلا إلى نتيجة واحدة، إضافة إلى أن صاحبنا أورد أدلة الفريقين، ولم يبخس لهما حقاً ولم يقل إنّ حجة أحدهما واهية.

قلت ونحن نرى أن مالكاً ما ترك حديث الصحيحين إلا لدليل أرجح عنده، وهو القياس الصحيح عنده كما شرحه الباجي، وابن العربي كما تقدم ونضيف أن لفظ حديث الصحيحين لم يرد فيه التصريح بنفي القضاء عن المفطر سهواً، وإنما ورد فيه فليتم صومه، وهذا الإتمام قد يفسر بأنه أمر بالإمساك، ويكون القضاء مسكوتاً عنه، وكون الأكل والشرب رزقاً ساقه الله إليه، لا دليل فيه، لأن كل شيء رزق به الإنسان فهو مسوق إليه من الله عز وجل، والذي ألجأنا إلى هذه التأويلات أن القياس يؤيدها كما فسر قبل، يضاف إلى ذلك أن مالكاً يقول بسد الذرائع عن الفساد وفتحها إلى الأصلح الواجب أو المندوب، فقام بسد هذه الذريعة، إذ ما من صائم إلا وبإمكانه قضاء حاجته والتذرع بالنسيان فقام بسد هذا الباب، كما فعل في صوم ستة

من شوال مع صحة حديثها، ونهى عن إعادة الجماعة بعد الراتب مع ثبوت حديث «أيكم يتصدق على أخيه» أو كما قال، ومنع التحية أثناء الخطبة مع ثبوت حديث سليك الغطفاني وغيره كثير.

ومالك يقدم القياس على حديث الآحاد كما هو مقرر، وعموم نص الكتاب يؤيد هذا القياس، لأن الصوم كف عن المفطرات، والله يقول: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾ ويقول عز وجل: ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ وعمومه يتناول الناسي، فلذا تأول مالك الحديث.

أخيراً لا يسعني إلا أن أنوه بأن هذا الكتاب الذي نقدم له ـ امتاز بمقدمة في غاية الحسن، بإعطائه لمحة عن المراجع التي رجع إليها، مبيناً منهجها ومصطلحاتها مثل كتابَي ابن عبد البر: التمهيد والاستذكار وغيرهما.

ثم عرض بإيجاز أدلة الإمام مالك رحمه الله تعالى، مع تعريف كل دليل تعريفاً لا يستغني عنه طالب العلم، وهي الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل المدينة، والقياس والاستصحاب، وقول الصحابي والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف وغير ذلك.

فجزى الله مؤلف تبيين المسالك خيراً، وجعله في ميزانه عملاً صالحاً، وقيض من أمثاله للشريعة والفقه من يؤدي هذه الرسالة التي هي دين على العلماء.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

وكتب الفقير إلى ربه: سيدي أحمد الملقب بيه بن السالك سلك الله بهما أحسن المسالك.

* * *

تقريظ العلامة الشيخ المختار بن حامدٌ الديماني الشنقيطي (الموريتاني) فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم:

تدريب سالك نهج مذهبِ مالِكِ   لفضيلة العلاَّمة الرَّبَّاني

عبـد العـزيـز فقيـهِ آل مُبـارك ... والشـرحُ شـرحُ فقيهنـا الشيّـاني
الفقهُ كـلُّ الفقـه في جَـوْفَيْهمـا ... فـهمـا لـبـاغِـي صَـيـدهِ فَرَوَانِ
في أوَّلِ الفَـروينِ مذهب مَـالـكٍ ... وتَـرى المذَاهِبَ كُلَّهـا في الثـاني
في الشَّرحِ وَالمشروحِ مَا النَّفسُ اشتهَتْ ... وتـلـذُّهُ الـعَـيْـنَـانِ وَالأذُنَـانِ
فـإذا هُمـا كـالْجَنَّتَيْنِ جَنَـاهُمَـا ... دَانٍ وتَـنضَـخُ فـيهـمـا عَـيْـنَـان
عينٌ من الأحسـاءِ مِن عـظمـائهـا ... وَفتىً من الأعيَـانِ فـي مُـرتَـان
مَن هُوَّ هـذا الشـارِحُ الْمُـرتـاني ... أهُـوَ ابنُ رشـدٍ أم هُـو الشعـرانى
إلا يكن إيَّـاهُمَـا فلقـد جَـرى ... مَجْـرَاهُمـا فـي مَنـطِقٍ وَبَـيَـان
فكتـابُ تَبيينِ المَسـالـك جـامـعٌ ... مَـا في البـدايـة جـاءَ وَالميـزان
ونقـول فيـه، بـاخـتصـار إنَّـه ... بحـرٌ وفيـه تجمُّـع البحـران.

المختـار بن حامـدٌ

تقريظ العلامة الشيخ الطالب أحمد بن الديده الجماني الشنقيطي (الموريتاني) المفتي بدائرة القضاء الشرعي بالعين، فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على نبيه الكريم. وبعد، فإن كاتبه: الطالب أحمد بن الديده لما وقف على تأليف العلامة الكبير فضيلة الشيخ عبد العزيز بن حمد آل مبارك المسمى بتدريب السالك إلى أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك ـ مسبوكاً بالشرح المسمى تبيين المسالك على تدريب السالك لفضيلة الشيخ محمد الشيباني بن محمد بن أحمد ـ ووجدتهما في غاية الجودة والتحرير والإتقان ـ بدا لي أن أضع عليهما تقريظاً مناسباً، لما لهما من الروعة والجمال.

فقلت وبالله استعنت:

لقـد أبْرز الشيبَـاني سِرَّ المـراجع ... بـأحْسنِ مـا يَهـواهُ كُـلُّ مُـراجـع
وأضفى على التدريبِ شرحاً مطرزاً ... بِكُـلِّ دليلٍ فِي الشـريعة قـاطِـعِ
وألحق بـالأصْلِ الصَّـريحِ فُـروعَه ... فجاء به شرحاً صحيـحَ المراجـع

وهــذا مجـال في التبصُّــر رَائعٌ ... به الشرح أمسَى من عيونِ الروائع
وبيِّن ما في المتن من كلِّ غامض ... بـأوضـحِ تعبيـر يلذُّ لسـامِـع
وحَـلاَّهُ من حلي البـديـع نفـائسـاً ... تُنظم في سلك اللآلي اللوامـع
فـلاحت معـانيـه الحسـان مضيئـة ... كبدر الدجى وسط النجوم الطوالع
ومـا فيـه من دُرٍّ يُعـدُّ ذخيـرة ... تجودُ بـه أيْدي كبـارِ المـطابِع
ظفـرت بمتن لبِّ مـذهب مـالـك ... وشـرحٍ عليه للمـذاهب جـامـع
ظفرت بتدريب الذي كان سـالكاً ... سبيـلاً على نهج اختصارِ البرادِعي
فطالعت ما يحويه شكلاً وجوهـراً ... فـألفيتـه أسمَى المتـونِ البـدائـع
لمن كان ذا التدريبُ يُعـزى فإنـه ... لشيَخٍ بِطبـعِ الحَالِ جِـدُّ مُطالـع
لعبـد العـزيــز الحبـر آل مبَـارَكٍ ... فلله مـا أسـدى بتلك المـرابـع
إمـام لـه في الفقـه أبـدع غـايـة ... إذا قـال حكماً ماله من مـراجـع
وإن قيل هل للشعر والنحو من فتى ... أشـار لَه كـلُّ الـورى بـالأصـابـع
فحدِّث عن التدريب ما شئت إنه ... كتـاب جليل في علوم الشـرائـع
وقد قَيَّض المَولى لَه خيْر شـارِحٍ ... فهَـابَ به وَعْـر الرُّبَى والأجـارِعِ
وإن لاحَظ النقـاد شيئاً فكم نبت ... على حدِّهَا بيض السُّيوفِ القواطعَ
وإن كان ذا المجموع ليس بِشامل ... فإنَّك من ضِمن الأصُولِ الجَوَامِع
أتيتَ بِرسْلِ الضأن والضأنُ رسلُها ... كما جاء في الأمثال جَمُّ المنافِـع
ويوجَد في الأنهـارِ مَا ليس كـائناً ... على مُستوى عُمْقِ البحارِ الدَّوافِع
فدونَك هـذا الشرَّح واعْن بِـدَرسه ... ولآزِم لِكسْبِ العلم هَجْر المضاجع
وصل على المختار مـا لاح بارق ... لإعـلاء شـرع الله بين المجـامـع

الطالب أحمد بن الديده

تقريظ العلامة الشيخ بدَّاه بن محمد بن بُوالتندغي الشنقيطي فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول: بدّاه بن محمد بن بُو مقرظاً تأليف العلامة الشيخ محمد الشيباني بن محمد بن أحمد النجمري:

مـا معان فيمـا تـرى العينـان   قـد تبـدّت مختـالـة للعيـان
تخجـل الـدر واليـواقيت حسنـاً   وتـرد الـعـهـود مـن سـحـبـان
لم تكـذّب إن قلت جرمٌ مضيء   فـاستحـال المحـالُ ذا إمكـان
صـرن قـوتـاً مُـرَقـيـاً لـقـلوب   سيْـرهـا نحـو بارىء الأكـوان
يستَمِـدُّ الأنـام منهـا اجتنـابـاً   وامتثـالاً لـشـرعنـا الـمُصـطان
تلك جمع الحبر الخبيـر بتأليـــف المعاني الصحيحة: الشيباني
مِن دواوين العلم قـد هَـذَّبتهـا   فِكَـرٌ تـدري لمَّ شمـل المعاني
رُصِّعت بـالـدليـل في فـتـرات   أغـفـلَتْـه فـيـهـا ذوُو الأذهـان
زَوَدت مكتبـات الإسـلام والمـذ   هبِ مـا قـد تحتـاج مذ أزمـان
لم تـدع بـالـدَّليـل لِلخُلف قـولاً   مِنْ حـديثِ الـمُختَـار والقـرآن
فبهـا أحـكـام الهُـدى بيِّنَـات   بـعـبـارات سـهـلة وبـيـان
ليس من إخـلال بـمعنى مُـرادٍ   أو بعـزو بـزيـدٍ أو نـقـصـان
وَبشيبـانِنَـا الـرضَى نكتـفي عـن   ذي اسمه في ماضي وآتي الـزمان
وإذا مـا لـلشـرع فجّـر عينـاً   تـاجُ آلِ الـمـبـارك الأعـيـان
فله في التفجيـر لـلشـرع إتْمَـا   مٌ وشـرحٌ عينـانِ نضـاختـان
يـا كـريمـاً حـاز المعـاليَ إرثـا   واكـتـسـابـاً لا آلـيـاً أو وان
دمت مشهـورا بـالعُلَى وعيـون   الْـكـرمـا والنـدي إليـك روان
تـمـلأ القـلب غِبـطةً وسُـرورا   بمسـاعيـك الخيِّـراتِ الحسـان.

بداه بن محمد بن بو

تقريظ العلامة الشيخ محمد الدنبجه بن معاوية التندغي الشنقيطي (الموريتاني) فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم

لقد صنَّف الشيخان أبهى مصنف   بـأبـهـر أنقـال وأبـهـى مـؤلّـف
فـلله در الـشـيـخ آل مـبـارك   إمامِ الهدى عبد العزيـز المثقف

ولله در النجمري أخي العُلى محمّدٍ الشيباني عَالمنا الوَفي
كتابٌ حرأن تُضربَ العِيس نحوه ويوصف بالأشْعار أحسنَ موصف
إذا رمت فيه الحكم فرعاً وجدته وأصلاً إذا ما كُنتَ بالأصل تكتفي
فكم أبرزا فيه مِنَ العلم والهُدى مخبَّأة لو رامها الغير تختفي
طريقته المُثلى بمذهب مالك وما هُو عن باقي المذاهب مكتفِ
ألا إنّ تبيين المسالك ما له مثيل فطالعهُ إذا شئت تعرفِ
صلاة على المختار ما ذر شارق ومَا دام داء الجهل بالعِلم يشتفي

الدنبجه بن معاوية

تقريظ العلامة الشيخ باب أحمد بن بداه الجملي الشنقيطي (الموريتاني) فكتب:

الحمد لله الذي وفق من شاء لنشر دينه، وجمع ما تشتت من معضلات فروع شرعه وأصوله، وأشهد أن لا إله إلا الله المعين لكل من سعى في الخير وأمده بفضله، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله القائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين». وصلى الله تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد فإني لما تصفحت كتاب العلامة عالم الشعراء، وشاعر العلماء السيد الشيخ محمد الشيباني بن محمد بن أحمد المسمى: «تبيين المسالك» لتدريب السالك إلى أقرب المسالك. وجدته كتاباً جامعاً بين الفروع والأصول بما لم يأت به أحد من فحول علماء زمنه.

فكيف لا، وقد أنشد فيه لسان حاله:

«وإنِّي وَإن كُنتُ الأخير زَمَانُه لآتٍ بِما لم تَسْتَطِعْه الأوائلُ»

وقد انشأت فيه قائلاً:

أفدتَّ فأصلت الفروعَ لِسالكي سبيلِ السناحَبر المدينة مَالك
بتبيينك الوقّاد لاحت أصولُها فأبدتَ لناظِريه سُبْلَ المَسالك

فضاءت به البلاد شرقاً ومغرباً بتزويد عالم وتدريب سالك
حريص على استيعابه كل طالب فكمْ طالبٍ في نيلهِ متَهالِك
فطال به لَيلُ الحسودِ وزادَنا بلوغَ مرامٍ بَل وتنويرَ حَالِك
أيا خِلَّنا الشيباني لاَ زِلت آمناً بدُنياك والأخرى جميع المهالك
ولا زال تبيينُ المَسالك مَرْجعاً يُضيىءُ ظَلام المُعْضِلاتِ الحوالك

باب أحمد بن بداه

تقريظ الفقيه الدكتور أحمد محمود بن الدنبجه التندغي الشنقيطي (الموريتاني) فكتب:

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا وإني لما نظرت كتاب تبيين المسالك ونظامه المحكم، ومنهجه الأقوم سلمته وقرظته وإن كان مستواي دون مستواه فقلت هذه المقطوعة التالية:

لِلَّه درُّ مصنِّفٍ مُزدانِ حاكته مِن تبر الجُمان يَدانِ
فأقامَتاه على المسالِك سالكاً طُرق البيان ومنْهَج التِّبيان
حتى استنارت آبداتٌ شُرَّدٌ غُفل وذل الصعْب للجَريان
فالنَّصُّ صار مُصَحَّحاً ومُبوَّبا والشرح أصبح دَانياً للجاني
إذْ خَرَّجَ الحكم الصحيح مُسلما ومن الخلاف بحجَّة الرجحان
علْمان قاما في طريقة مالك ليجَلِّيَا الأحكام لِلأعيان
لا غرو إن الشيخ آلَ مبارك عبدَ العزيز لسابقُ الميدان
قد غاص في بحر المعارف صائداً دُرَّ المعاني لاَحَ ذا لَمَعان
ومُؤيَّداً بقرينه قُطب العُلى رحب العُلومِ محمدِ الشَّيبَانى
من راض في شَنقيط كُلَّ عَويصةٍ ليست تلين لغير ذا بعنان
وأعانه أن حَل في بُحبُوحةٍ من مجد آباء وَحُسِن مَعان
يأيُّها العلمانِ فخراً بِالذي أسْديتماه ففاز بالإتقان
ها إن تبيين المسالك شعلةٌ نحو المسالك فوق شِعب بوان

د. أحمد محمود بن الدنبجه

تقريظ الفقيه الشيخ محمد خالد بن عالي بن معاوية التندغي الشنقيطي (الموريتاني):

أتـفقَّـهـتَ أم تُـريـد الـسـبيـلا ... فـابتَغِ الـرُّشـدَ واضحـاً سلسبيـلا
واصـطَحِبْ أقرَب المسـالك تفقـهْ ... مـذهَب الأصبحيِّ يحوي الـدليـلا
وتجـول في سـاحتيـه ففيـه، ... تجـد النـور واضحـاً والسبيـلا
وتـرى الشيخ القـطب عبد عـزيـز ... حـمـداً رائـداً أنـارَ الـعـقـولا
عـبـقـريٌّ مـبـارك الآل أبـقـى ... لـرُبـوع الأحسـاءِ ذكـراً جميـلا
قـد تـلقـاهُ شيـخنـا بتحـايـا ... وامِق يعشق الهُـدى والـوصـولا
فـأضاف الشيبـاني أنفـعَ شـرح ... يـتـوخى التبْسِيط وَالـتـحـليـلا
عَـالِـم عـامـلٌ تقـيٌّ نـقـيٌّ ... قـد أجـاد المنقـول والمعقـولا
غـاص في بحره الغـطمـطم حتى ... أخـرج الـدُّرَّ منـه قـولاً ثقيـلا
فـبَـدا رَوضَـةً من الـعـلم غـنَّـا ... يَجِـد الفكـر فـيـه ظِلاً ظليـلا
نـجْمَـريٌّ تـفقـه الـفكـر منـهُ ... درراً رَاقـت روعـة وشـمـولا
قـد قـرأنـا فيـه مـراقِي سعـودٍ ... والـمُـوطَّـا ومُـسـلمـاً وخليـلا
وشَـتـاتـاً من الـنـوازل أعـطت ... مشكـل الساعـة العـويصَ حلولا
عـارَف الفـرعَ بـالأصـولِ فـأرسى ... منهجـاً يتبـع الفُـروع الأصُـولا
إنَّ شـنـقـيط والإمـارات فـيـه ... صِـلَة لـن تـفـارقَ الـموصُـولا
جـاء مـرسـوم طبعـه آيـة تُـتْـلى وفـقـهـاً مـوازنـاً وَرسـولا
ولـقـاءُ بيـن الأشـقـاء يُـحـيي ... غـابـراً من تـاريخنا المَجْهـولا
كـلأ الـلّه فِـكـرةً أبـرزتـه ... لِسمـاء الـوُجـود شـرعـاً أصيـلا
ورَعـى صَـاحبَ السمـو وزكّـى ... سُنـةً أجـرهـا يـدوم طـويـلا
قـد رعى فـطرة الإلـه حنيفـاً ... شـكـر الله سـعـيَـه الـمقـبـولا

محمد عالي بن معاوية.

تقريظ الفقيه الشيخ محمد محمود بن أحمد يور بن الشيخ محمد أحمد بن الرباني التندغي الشنقيطي (الموريتاني) نائب إمام الجامع الكبير بانوا كشوط فكتب:

«بسم الله الرحمٰن الرحيم الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله القائل: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين.

وبعد فقد طالعت كتاب تبيين المسالك، شرح تدريب السالك فوجدتهما كالأترجتين: طعمهما طيب وريحهما طيب، وإذا هما قد وافقا اسميهما، فلذلك سجلت شعوري حولهما بالقصيدة التالية، مع التحيات لأخينا: الأستاذ المؤلف الشيخ محمد الشيباني:

بسم الله الرحمن الرحيم:

أيا طالباً نوراً يُضيء لسالك ... فيسلُك نهجاً مُستقيم المسالك
وينعَمَ بالعِلم الصحيح حياته ... وينعمَ في الأُخرى بلين الارائك
بأوضح أسلوب وأحلى عبارةٍ ... وأوضح عزْوٍ ثابت غير شائك
به النجميُّ التندغِي خلَّدَ العُلى ... وشيَّدَ صرحَ المجد آلُ مبَارك
نحا مَسْلكاً في العرض والشرح مُحْكماً ... تنوِّرُه أصلاً أدلةُ مالك
وسار به سَيْرَ البصير مُصَححاً ... يُضيء لمن يبغي الهُدى كلَّ حالك
أراد به ربُّ البريَّةِ خيرَهُ ... ففَقَّهَهُ في دِينه خيرُ مالك
فبيَّنَ في تبيينه كلَّ مسلك ... وعَبَّد منهاجاً لتدريب سالك
فيا طالِبي الفقه المؤصل فاعكُفوا ... على دَرْسه تحظوا بفقهِ المعارك
وتحْظَوا إذا كُنتم مِنَ اتباعِ مالكٍ ... وأصحابه حقّاً بفِقه الموالِك
وتلقوا به فِقهَ المذاهِبَ بيِّناً ... وما كان صَعباً مُستلين العرائك
فبُورك في الشيخ الفقيه محمّدٍ ... وبُورك في الشيخ الفقيهِ المَبارَك
هما نَظما عقداً توَحَّد أصْله ... لشنقيطَ والأحْسا جميل السبائك
جزَى اللّه عنّا بالرضا شيخي الهُدى ... فقد سَهَّلا في الفقهِ وعر المسالِك
صلاة وتسليمٌ على خير مرسل ... شفيع البرايا المصطفى ابنِ العواتك
وآلٍ وأصحاب به شيَّدوا العُلى ... وعادَوْا جهاراً كل باغ وفَاتِك».

محمد محمود بن أحمد يور بن الشيخ محمد أحمد بن الرباني

تقريظ العلامة الشيخ الجيلي أحمد المكي السُّوداني فكتب ما نصه:

أهـدي إلى عـالم مـوريتـاني — الـمـالِكيِّ الجهبـذ الـشيبـانى
قـصـيـدة مـن غـرر الـبـيـان — وذاتَ تـصـريـع من الـسـودانى
الـشّـاعـر الـسميِّ لِـلجيْـلاني — يُنمى إلى جـامِعَـةِ أمْ درمـانِ
والأزهـر الشـريف عـالي الشانِ — شهـادتـان منـهـمـا تـاجَـان
عبد العزيـز الشيخ ذو البيـان — قـد ألَّف التـدريب لـلإخـوان
مَن ابنـهْ رأسُ القضـا الظبيانـي — أحـمـدُ الـعـادل ذو الـعـرفـانِ
وهَـوْ الـذي قـد طلب الشيباني — أن يشـرحَ التدريب بـالبرهـان
نهجٌ جديـدٌ بـالـدليل البـاني — لفقـهِ مـالِـكٍ عظِيم الشـان
فَشمَّـر الـشُّـنـقيطِي غـيـرّوانِ — وشـرَحَ الـتـدريـب بـافتنانِ
يميسُ في المسـائـل الحسـانِ — كـاللؤلؤ المكنـونِ والمرجـان
قـرأتُ في التبيين في إمعـان — أصـولَ مـالَـك بـلا نـقـصـان
بـالضبط والتخريـج يُـوضحـان — أدلـة الـسـنـة والـقـرآنِ
وعمـلَ الصحـابـةِ الفـرسـان — الساكني مـدينـة العـدنـانِى
عُـرفٌ والاستصحابُ قـل أصلانِ — مـصَـالـحٌ كـالـنـقط والأذانَ
ذرائـعٌ سُـدَّت بِـلا تـوانِ — رأي الـصحـابيٍّ عـدا الأقـران
وقـول أصحـابِ النبي العـدنـاني — ثـم الـقِـيـاس آخـر الأركـان
قـد جـال في التفسيـر للقـرآن — وفى الحـديثِ الـرائـع البيـان
وجـال في الـزرقـاني والبنـانِي — وفي الـدُّسـوقيِّ وفـي اللَّقـاني
مـراجـع عـظيمـة المعـاني — أفـاد منهـا العـالم الـشيبَّاني
وقـد علمنـا كيف فـرع دان — إلى الأصـول العشـرة الحسـان
كمـا استفـدنـا الفَهم من أعيـان — من مـذهَبٍ ينمى إلى النعمـان
والشـافِعيِّ وإلى الـشيبـاني[1] — مـدّعمِّين الـرأي بـالبرهـان
ومـن مشـايـخ مـضـوا أعيـانِ — لـرأيـهـم وزنٌ مـن الـرُّجـحـان

---

(١) يعني الإمام أحمد بن حنبل الشيباني.

وكلُّهم من نفحة الرحمن — مُصيبهم زكَا له أجران
سَمَّيْتُ ذا التبيين في إمعانِ — فِقهاً مقارناً عظيمَ الشان
ومَرجعا يعدُّ للإخوان — مَسجِّلي البُحوثِ للقرآن
روضٌ نضِيرٌ شَذَّبَ المعاني — تشذيبَ أزهار وأقحوان
جزيت من مالِكنا الرحمن — بفضله تدخُل في الجنان
وأن تكون في حِمى العدناني — وشاربا من حوضه الريان
وأن نكون في حِمى الشيباني — في جنَّةٍ بالحور والولدان
ثم الصلاة والسلام الداني — على النبيِّ رحمة الأكوان.

بسم الله الرحمن الرحيم

تقريظ كتاب «تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك» للشيخ عبد العزيز ال مبارك.. شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد أحمد جزاه الله خيراً عن الإسلام والمسلمين:

للشاعر السوري/أحمد بشار بركات.

أمين سر أول بدائرة القضاء الشرعي بأبو ظبي.

هَذَا هُوَ العِلْمُ لاَ مَا تُبْصِرُ الْحَدَقُ — في عصرنا من غثاءٍ فيه لا أَنِقُ
من فلسفاتٍ خطيراتٍ مدمرةٍ — للجيل - لهفي - إذا ضلت به الطرق
فالعلم بالدين فرض في عقيدتنا — وَمَصْدَرُ النور هيَّا منهُ نَنْطلق
وَهْوَ السِّلاَحُ وَحَامي من تَنَكَّبَه — كالسيفِ في الحقِّ يا أبناءُ فامْتَشِقُوا
فَمَالِكُ مَالِيء الدنيا ومذهبُه — تزهو به الأرضُ والأفلاك والأفق
بحرٌ تفيض على الدنيا لآلئُه — كنز ثمين إليه اليوم فاسْتَبِقوا
بُشْرَاكُمُ علماءَ الدين ما كتبت — أقلامكم في سبيل الله فالتحقوا
بالأنبياء كرامِ الخلقِ صفوتِهم — يا حبذا الإرث والآداب والخلق
نهج القدامَى من الأعلامِ إنَّ به — للسَّالكين هدى كم ظل ينبثق
جزاكم الله خيراً إن جهدكمُ — نورٌ سَيَبْقَى على الأيَّامِ يَأْتَلِق

المصـادر والمراجـع

تفسير القرآن الكريم:

١ ـ تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ـ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي دار الكتاب العربي القاهرة ١٣٨٦ـ ١٩٦٦.

٢ ـ زاد المسير في علم التفسير ـ عبد الرحمن بن الجوزي ـ المكتب الإسلامي للطباعة والنشر الطبعة الأولى ١٣٨٤ ـ ١٩٦٤.

٣ ـ تفسير الطبري: جامع البيان ـ محمد بن جرير الطبري ـ الطبعة الأولى ببولاق ١٣٢٣هـ.

٤ ـ المحرر الوجيز ـ عبد الحق بن عطية ـ الطبعة القطرية الدوحة والطبعة المغربية تحقيق المجلس العلمي بفاس.

٥ ـ تفسير ابن كثير ـ إسماعيل ابن كثير القرشي ـ دار الفكر بيروت.

٦ ـ تفسير النسفي مدارك التنزيل ـ عبد الله بن أحمد النسفي ـ دار الكتاب العربي بيروت.

٧ ـ لباب التأويل وبهامشه مدارك التنزيل ـ علاء الدين الخازن وعبد الله بن أحمد النسفي ـ دار المعرفة للطباعة والنشر.

٨ ـ أضواء البيان ـ الشيخ محمد الأمين الجكني الشنقيطي ـ عالم الكتب بيروت.

٩ ـ فتح القدير ـ محمد بن علي الشوكاني ـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.

١٠ ـ الكشاف ـ جارالله بن محمود الزمخشري ـ انتشارات آفتات تهران.

١١ ـ البحر المحيط ـ محمد بن يوسف بن حيان ـ مكتبة ومطابع النصر الرياض.

١٢ ـ أحكام القرآن ـ أبو بكر بن العربي المالكي ـ دار المعرفة للطباعة بيروت.
١٣ ـ أحكام القرآن ـ أبو بكر الجصاص الحنفي ـ دار الخلافة سنة ١٣٣٥هـ.
١٤ ـ أحكام القرآن ـ عماد الدين الكيا الهراسي الشافعي ـ دار الكتب العلمية بيروت.
١٥ ـ كتاب التسهيل لعلوم التنزيل ـ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ـ دار الكتاب العربي الطبعة الرابعة.
١٦ ـ تفسير الجلالين ـ جلال الدين المحلي وجلال الدين السيوطي ـ دار المعرفة بيروت.
١٧ ـ المفردات في غريب القرآن ـ الراغب الأصفهاني ـ دار المعرفة للطباعة بيروت.
١٨ ـ تفسير القرآن الكريم ـ الشيخ محمود شلتوت ـ دار الشرف الطبعة الثامنة سنة ١٤٠١هـ.
١٩ ـ الإتقان في علوم القرآن ـ جلال الدين السيوطي ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
٢٠ ـ لباب النقول في أسباب النزول ـ جلال الدين السيوطي ـ دار إحياء العلوم بيروت ١٩٧٨م.
٢١ ـ أسباب النزول ـ أبو الحسن الواحدي ـ دار الكتب العلمية بيروت.

الحديث:

١ ـ الموطأ ـ الإمام مالك بن أنس رواية يحيى ـ دار إحياء الكتب العربية مصر تحقيق الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي.
٢ ـ صحيح البخاري الجامع الصحيح ـ محمد بن إسماعيل البخاري ـ اليمامة للطباعة والنشر دمشق تحقيق د. مصطفى ديب البُغا.
٣ ـ صحيح مسلم ـ مسلم بن الحجاج ـ دار إحياء التراث العربي تحقيق الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي.
٤ ـ جامع الترمذي أو سنن الترمذي ـ أبو عيسى الترمذي ـ دار الفكر للطباعة بيروت.

٥ - مختصر سنن أبي داود - الحافظ المنذري - ومعه معالم السنن وتهذيب ابن القيم - الخطابي وابن القيم - دار المعرفة بيروت.
٦ - سنن النسائي بشرح السيوطي - أحمد بن شعيب النسائي جلال الدين السيوطي - الطبعة الأولى سنة ١٩٣٠ دار إحياء التراث العربي.
٧ - سنن ابن ماجه - محمد بن يزيد بن ماجه - دار إحياء التراث العربي سنة ١٩٧٥ تحقيق الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي.
٨ - سنن الدارمي - عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي - دار إحياء السنة النبوية.
٩ - سنن الدارقطني - علي بن عمر الدارقطني - عالم الكتب بيروت اهـ.
١٠ - سنن سعيد بن منصور - سعيد بن منصور دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٥.
١١ - جامع الأصول في أحاديث الرسول - مجد الدين بن الأثير - تحقيق محمد حامد الفقي الطبعة الأولى السعودية.
١٢ - تيسير الوصول إلى جامع الأصول - عبد الرحمن بن علي الديبعى - دار الفكر للطباعة.
١٣ - طرح التثريب في شرح التقريب - زين الدين العراقي - دار إحياء التراث العربي.
١٤ - منتقى الأخبار - ابن تيمية الجد - الرياض سنة ١٤٠٣.
١٥ - موطأ الإمام مالك - رواية محمد بن الحسن الشيباني - المكتبة العلمية.
١٦ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - محمد بن علي الشوكاني - دار الجيل بيروت.
١٧ - موطأ الإمام مالك - رواية علي بن زياد - تحقيق محمد الشاذلي النيفر.
١٨ - فتح الغفار - شرف الدين بن أحمد الرباعي - مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت.
١٩ - مشكاة المصابيح - الخطيب التبريزي - المكتب الإسلامي للطباعة تحقيق الألباني.
٢٠ - زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم وشرحه فتح المنعم - الشيخ محمد حبيب الله بن مايابي الشنقيطي - دار إحياء التراث العربي بيروت.

٢١ ـ اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ـ الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي ـ دار إحياء التراث العربي بيروت.
٢٢ ـ الفتح الرباني ترتيب مسند أحمد ومعه شرحه بلوغ الأماني ـ الشيخ عبد الرحمن البنا ـ دار إحياء التراث العربي.
٢٣ ـ موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ـ نور الدين الهيثمي ـ دار الكتب العلمية بيروت.
٢٤ ـ المستدرك ـ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ـ دار المعرفة بيروت.
٢٥ ـ كشف الأستار عن زوائد البزار ـ نور الدين الهيثمي ـ مؤسسة الرسالة بيروت.
٢٦ ـ السنن الكبرى ـ أبو بكر بن علي البيهقي ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤هـ .
٢٧ ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ـ نور الدين الهيثمي ـ دار الكتاب العربي بيروت.
٢٨ ـ المصنف ـ عبد الرزاق الصنعاني ـ المكتب الإسلامي بيروت.
٢٩ ـ بلوغ المرام من أدلة الأحكام ـ الحافظ: أحمد بن حجر العسقلاني ـ دار الكتب العلمية بيروت.
٣٠ ـ معالم السنن ـ حمد بن محمد الخطابي ـ الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ.
٣١ ـ سبل السلام ـ محمد بن إسماعيل الصنعاني ـ دار الجيل للنشر والطباعة بيروت.
٣٢ ـ التمهيد لما في الموطإ من الأسانيد ـ الحافظ أبو عمر بن عبد البر ـ الطبعة الأولى بالمغرب.
٣٣ ـ الاستذكار ـ الحافظ أبو عمر بن عبد البر ـ الطبعة الأولى بالقاهرة.
٣٤ ـ فتح الباري على صحيح البخاري ـ الحافظ: أحمد بن حجر العسقلاني ـ الطبعة الأولى ببولاق ١٣٠٠ هـ.
٣٥ ـ عمدة القاري ـ بدر الدين العيني ـ دار إحياء التراث العربي بيروت.
٣٦ ـ صحيح مسلم بشرح النووي ـ محيي الدين بن شرف النووي ـ دار الفكر بيروت.
٣٧ ـ إكمال الإكمال ـ محمد بن خلفة الأُبّي ـ دار الكتب العلمية.
٣٨ ـ عارضة الأحوذي ـ أبو بكر بن العربي المالكي ـ دار العلم للجميع.
٣٩ ـ بذل المجهود في حل أبي داود ـ الشيخ خليل أحمد السهارنفوري ـ مطبعة ندوة العلماء (الهند).

٤٠ ـ تنوير الحوالك على موطإ مالك ـ جلال الدين السيوطي ـ دار الفكر بيروت.
٤١ ـ شرح الزرقاني على موطإ مالك ـ محمد الزرقاني ـ دار المعرفة بيروت.
٤٢ ـ أوجز المسالك إلى موطإ مالك ـ الشيخ محمد زكريا الكاندهلوي ـ مطبعة السعادة القاهرة سنة ١٣٩٣هـ ١٩٧٣ م.
٤٣ ـ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ـ تقي الدين بن دقيق العيد ـ دار الكتب العلمية. بيروت لبنان.
٤٤ ـ زاد المعاد من هدي خير العباد ـ محمد بن أبي بكر بن القيم ـ مكتبة المنار الإسلامية الكويت.
٤٥ ـ فيض القدير ـ عبد الرؤوف المناوي ـ دار المعرفة للطباعة بيروت.
٤٦ ـ الأذكار ـ محيي الدين النووي ـ دار القلم بيروت.
٤٧ ـ تلخيص الحبير (تخريج أحاديث الرافعي) ـ الحافظ ابن حجر العسقلاني ـ تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدينة المنورة ١٣٨٤ هـ.
٤٨ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية ـ جمال الدين الزيلعي ـ المكتبة الإسلامية ١٣٩٣ هـ.
٤٩ ـ الهداية في تخريج أحاديث البداية ـ الشيخ أحمد الصديق الغماري ـ عالم الكتب بيروت.
٥٠ ـ شرح معاني الآثار ـ أبو جعفر الطحاوي ـ دار الكتب العلمية تحقيق محمد زهري.
٥١ ـ الكتاب المصنف ـ أبو بكر بن أبي شيبة ـ الطبعة الأولى للدار السلفية بومباي.
٥٢ ـ رياض الصالحين ـ محيي الدين بن شرف النووي ـ المكتب الإسلامي تحقيق ناصر الدين الألباني.
٥٣ ـ مسالك الدِّلالة ـ الشيخ أحمد بن محمد الصديق الغماري ـ مكتبة القاهرة.
٥٤ ـ مختصر صحيح مسلم ـ الحافظ المنذري ـ تحقيق الشيخ محمد ناصر الألباني.
٥٥ ـ كشف الخفاء ومزيل الألباس ـ الشيخ إسماعيل العجلوني ـ دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة الثالثة ١٣٥٢ هـ.
٥٦ ـ المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية ـ الحافظ ابن حجر ـ تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي.

٥٧ ـ مسند الإمام الشافعي ـ الإمام الشافعي ـ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ . بيروت.

٥٨ ـ المقاصد الحسنة ـ السخاوي ـ مكتبة الخانجي بمصر ١٣٧٥ .

٥٩ ـ شرح السنة ـ الإمام البغوي ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠ .

٦٠ ـ تجريد التمهيد (التقصي) ـ أبو عمر بن عبد البر ـ دار الكتب العلمية بيروت.

٦١ ـ شرح الشفا ـ للقاضي عياض شرح نور الدين القاري ـ مطبعة المدني القاهرة.

٦٢ ـ الترغيب والترهيب ـ الحافظ المنذري ـ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٦ هـ .

٦٣ ـ الإصابة في تسيير الصحابة، وفي الهامش الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ـ الحافظ ابن حجر وابن عبد البر ـ مكتبة المتنبي بغداد.

٦٤ ـ التبصرة والتذكرة ومعها فتح الباقي ـ زين الدين العراقي زكرياء الأنصاري ـ المطبعة الجديدة بطالعة فاس سنة ١٣٥٤ هـ .

٦٥ ـ طلعة الأنوار ـ الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم وشرحها: رفع الأستار ـ الشيخ حسن بن محمد المشاط ـ دار النهضة العربية ١٣٩٨ هـ .

٦٦ ـ ميزان الاعتدال ـ أبو عبد الله الذهبي ـ دار المعرفة بيروت.

٦٧ ـ تهذيب التهذيب ـ الحافظ ابن حجر ـ دار المعرفة بيروت.

٦٨ ـ تقريب التهذيب ـ الحافظ ابن حجر ـ دار المعرفة للطباعة بيروت.

٦٩ ـ كتاب التوابين ـ أحمد بن قدامة المقدسي ـ دار الكتب العلمية بيروت ١٣٩٤ هـ .

علم الأصول والقواعد:

١ ـ نشر البنود على مراقي السعود ـ الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي ـ مطبعة فضالة المحمدية (المغرب).

٢ ـ الإحكام في أصول الأحكام ـ علي بن حزم ـ الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ .

٣ ـ الإحكام في أصول الأحكام ـ سيف الدين الآمدي ـ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٠هـ .

٤ ـ تنقيح الفصول ـ شهاب الدين القرافي ـ دار الفكر بيروت.

٥ ـ تنقيح الفصول ـ شهاب الدين القرافي ـ المطبعة التونسية.

وبهامشه شرح حلولو ـ عبد الحق حلولو ـ المطبعة التونسية.
٦ ـ نيل السول ـ الشيخ محمد يحيى الولاتي الشنقيطي على مرتقى الوصول لابن عاصم الأندلسي ـ الطبعة الأولى بفاس ١٣٢٧ هـ .
٧ ـ إرشاد الفحول ـ محمد بن علي الشوكاني ـ دار المعرفة بيروت ١٣٩٩ هـ .
٨ ـ المستصفى ـ أبو حامد الغزالي ـ بولاق مصر ١٣٢٢ هـ .
٩ ـ إيضاح المسالك في قواعد مالك ـ أحمد الونشريسي ـ الرباط ١٤٠٠ هـ .
١٠ ـ إعداد المهج للاستفادة من المنهج ـ الشيخ محمد الأمين بن أحمد زيدان الشنقيطي ـ ترتيب وتهذيب الشيخ أحمد بن المختار الشنقيطي ـ الطبعة الأولى بقطر.
١١ ـ المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج ـ الشيخ محمد الأمين بن أحمد زيدان الشنقيطي، تحقيق حفيده الشيخ الحسين بن عبد الرحمن بن محمد الأمين ـ دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني.

كتب الإجماع

١ ـ الإجماع ـ الإمام ابن المنذر ـ الطبعة الأولى قطر ١٤٠١هـ .
الإجماع ـ الإمام ابن المنذر ـ دار الجنان الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ . بيروت.
٢ ـ مراتب الإجماع ـ لابن حزم ـ الطبعة الثانية بيروت ١٤٠٠هـ .

كتب الخلاف

١ ـ بداية المجتهد ـ ابن رشد الحفيد ـ دار المعرفة.
٢ ـ الإشراف على مذاهب أهل العلم ـ ابن المنذر ـ قطر الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ .
٣ ـ المحلى ـ لابن حزم ـ المكتب التجاري للطباعة بيروت.
٤ ـ رحمة الأمة ـ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي ـ الطبعة الأولى بقطر ١٤٠١ هـ .
٥ ـ دليل الرفاق ـ الشيخ ماء العينين بن الشيخ محمد فاضل الشنقيطي ـ الطبعة الأولى بالمغرب.

الفقه:

الفقه المالكي:

١ ـ الموطأ ـ الإمام مالك بن أنس ـ دار إحياء التراث العربي تصحيح وتعليق الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي.
٢ ـ المدونة الكبرى ـ للإمام مالك رواية سحنون ـ دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ. معها مقدمات ابن رشد.
٣ ـ المنتقى شرح الموطأ ـ أبو الوليد الباجي ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ .
٤ ـ الكافي في فقه أهل المدينة ـ أبو عمر بن عبد البر ـ مكتبة الرياض الحديثة تحقيق د. محمد أحيد بن ماديك الموريتاني.
٥ ـ البيان والتحصيل ـ محمد بن رشد ـ دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى.
٦ ـ المقدمات الممهدات ـ محمد بن رشد ـ دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى.
٧ ـ التفريع ـ أبو القاسم بن الجلاب ـ دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى.
٨ ـ الرسالة الفقهية ـ أبو محمد بن أبي زيد القيرواني مع شرح غريبها لابن جماعة ـ دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى.
٩ ـ شرح زروق وشرح ابن ناجي ـ زروق، وقاسم ابن ناجي ـ مطبعة الجمالية مصر ١٣٣٢ هـ .
١٠ ـ حاشية العدوي وكفاية الطالب ـ العدوي وأبو الحسن ـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.
١١ ـ الفواكه الدواني ـ أحمد بن غنيم النفراوي ـ دار الفكر بيروت.
١٢ ـ الثمر الداني ـ صالح عبد السميع الآبي ـ المكتبة الثقافية بيروت.
١٣ ـ شرح حدود ابن عرفة ـ محمد الرصاع ـ الطبعة الأولى بتونس.
١٤ ـ مختصر خليل ـ خليل بن إسحاق ـ دار الفكر للطباعة والتوزيع.
١٥ ـ مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل ـ محمد بن عبد الرحمن الحطاب، محمد بن يوسف المواق ـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.
١٦ ـ شرح الزرقاني لخليل ـ عبد الباقي الزرقاني ـ دار الفكر بيروت.
١٧ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ الدردير والدسوقي ـ دار الفكر بيروت.
١٨ ـ جواهر الإكليل ـ صالح عبدالسميع الآبي ـ دار المعرفة.
١٩ ـ منح الجليل ـ محمد عليش ـ مكتبة النجاح طرابلس.
٢٠ ـ حاشية الرهوني وحاشية كنون ـ محمد بن أحمد الرهوني، محمد كنون ـ دار

الفكر بيروت الطبعة الأولى ببولاق ١٣٠٦ هـ .
٢١ ـ الشرح الصغير ومعه حاشية الصاوي ـ أحمد الدردير، أحمد بن محمد الصاوي ـ دار المعارف بمصر ١٩٧٤ م.
٢٢ ـ الشرح الصغير وحاشية الصاوي ومعهما التعليق الحاوي ـ أحمد الدردير، للشيخ محمد بن إبراهيم المبارك ـ مطبعة عيسى البابلي القاهرة.
٢٣ ـ البهجة شرح التحفة وبهامشها حلي المعاصم ـ أبو الحسن بن عبد السلام التسولي، أبو عبد الله محمد التاودي ـ دار الفكر للطباعة بيروت.
٢٤ ـ إحكام الأحكام على تحفة الحكام ـ الشيخ محمد بن يوسف الكافي ـ دار الفكر الطبعة الثالثة ١٤٠١هـ .
٢٥ ـ الدر الثمين على المرشد المعين ـ الشيخ محمد بن أحمد ميارة ـ دار الفكر بيروت.
٢٦ ـ قوانين الأحكام ـ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ـ دار العلم للملايين ودار الكتاب العربي.
٢٧ ـ فتح العلي المالك وبهامشه تبصرة الحكام ـ محمد عليش ـ برهان الدين بن فرحون ـ دارالفكر للطباعة والتوزيع.
٢٨ ـ الفروق ـ شهاب الدين القرافي ـ دار المعرفة بيروت.
٢٩ ـ شرح ميارة الصغير ومعه حاشية ابن الحاج ـ محمد ميارة، حمدون بن الحاج ـ دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.
٣٠ ـ المعيار المعرب ـ أحمد بن يحيى الونشريسى ـ دار الغرب الإسلامي بيروت ١٤٠١ هـ .
٣١ ـ مرجع المشكلات ـ شرح نوازل سيدي عبد الله الشنقيطي أبو القاسم للتواتي الليبلي ـ مكتبة النجاح طرابلس ليبيا.
٣٢ ـ مغني قراء المختصر عن التعب في الحواشي والطرر ـ الشيخ أحمد بن أحمد بن الهادي اللمتوني الشنقيطي ـ مخطوطة وعندي نسخة منها.
٣٣ ـ شرح الخرشي لخليل وبهامشه حاشية العدوي ـ محمد الخرشي، الشيخ علي العدوي ـ دار صادر بيروت.

الفقـه الحنفـي

١ ـ اللباب شرح الكتاب ـ عبد الغني الميداني ـ دار الحديث حمص ـ بيروت.
٢ ـ الهداية ـ أبو الحسن المرغيناني ـ المكتبة الإسلامية الطبعة الأخيرة.
٣ ـ بدائع الصنائع ـ علاء الدين الكاساني ـ دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٢ هـ .
٤ ـ فتح القدير وبهامشه العناية ـ كمال الدين (ابن الهمام) أكمل الدين بن محمود ـ بولاق مصر ١٣١٥ هـ ومطبعة مصـطفى البابي الحلبي مصـر ١٣٨٦ هـ .
٥ ـ رد المحتار المعروف بحاشية ابن عابدين ـ الشيخ محمد الأمين (ابن عابدين) ـ دار إحياء التراث العربي بيروت.
٦ ـ موسوعة الخراج كتاب الخراج ـ القاضي أبو موسى ـ دار المعرفة بيروت.
٧ ـ البناية في شرح الهداية ـ لأبي محمد محمود العيني ـ دار الفكر للطباعة والنشر الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ .

الفقـه الشـافعـي

١ ـ الأم ـ محمد بن إدريس الشافعي ـ دار المعرفة بيروت.
٢ ـ المهذب ـ الشيرازي ـ دار الفكر.
٣ ـ مغني المحتاج ـ الشيخ محمد الشربيني ـ دار إحياءالتراث العربي بيروت.
٤ ـ نهاية المحتاج ـ ابن شهاب الرملي ـ مصطفى البابي الحلبي مصر.
٥ ـ المجموع شرح المهذب وبهامشه شرح الوجيز ـ محيـي الدين النووي، محمد الرافعي ـ دار الفكر.
٦ ـ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ـ شمس الدين الشربيني ـ مصطفى البابي الحلبي مصر.
٧ ـ الوجيز ـ أبو حامد الغزالي ـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٣٩٩هـ.

الفقـه الحنبـلـي

١ ـ الفتاوى الكبرى ـ تقي الدين بن تيمية ـ تصوير الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ .
٢ ـ المغني ـ الموفق بن قدامة ـ مكتبة الرياض الحديثة.
٣ ـ المغني والشرح الكبير ـ الموفق بن قدامة، محمد بن أحمد المقدسي ـ دار الكتاب العربية بيروت ١٣٩٢ هـ .

٤ ـ الروض المربع ـ منصور البهوتي ـ دار الفكر الطبعة السادسة.
٥ ـ الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ـ علاء الدين المرداوي ـ دار إحياء التراث العربي الطبعة الأولى ١٣٧٧ هـ .
٦ ـ المبدع شرح المقنع ـ برهان الدين بن مفلح ـ المكتب الإسلامي زهير الشاويش ١٣٩٤ هـ .
٧ ـ كشاف القناع ـ منصور البهوتي ـ عالم الكتب بيروت.
٨ ـ مسائل الإمام أحمد ـ أبو داود ـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.
٩ ـ العدة شرح العمدة ـ بهاء الدين المقدسي ـ مكتبة الرياض الحديثة.

المعاجم

١ـ ـ النهاية في غريب الحديث والأثر ـ مجد الدين ابن الأثير ـ المكتبة الإسلامية لرياض الشيخ.
٢ ـ تهذيب الأسماء واللغات ـ محيي الدين النووي ـ دار الكتب العلمية بيروت.
٣ ـ الصحاح ـ إسماعيل بن حماد الجوهري ـ دار العلم للملايين بيروت ١٣٩٩ هـ .
٤ ـ القاموس المحيط ـ مجد الدين الفيروزآبادي ـ تحقيق الشيخ محمد محمود بن التلاميذ الشنقيطي.
٥ ـ تاج العروس ـ محمد مرتضى الزبيدي ـ الطبعة الأولى بمصر ١٣٠٦ هـ .
٦ ـ لسان العرب ـ محمد بن مكرم بن منظور ـ دار صادر بيروت.

فهرسة الجزء الرابع







